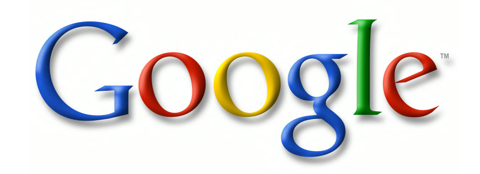


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

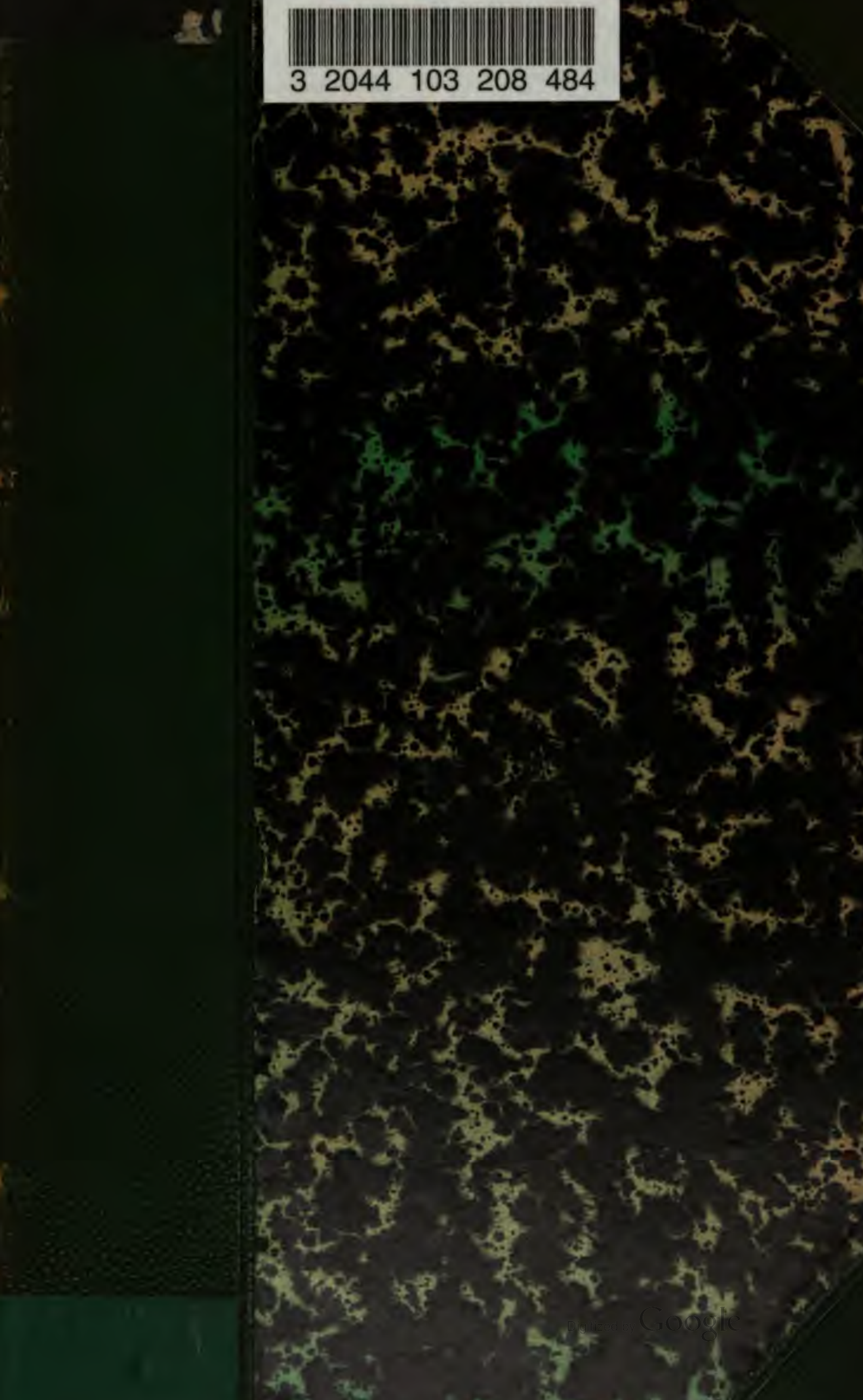
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

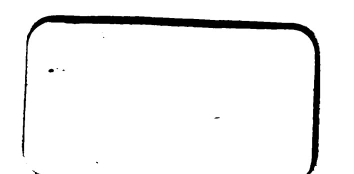

3 2044 103 208 484
Digitized by Google

Bd. Jan. 1896.



HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 21, 1892.



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Die Natur

der

Correalobligationen.

Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. Hermann Fitting,
Professor des röm. Rechtes in Basel.

Erlangen.
Verlag von Andreas Deichert.
1859.

Digitized by Google

Rec. March 21, 1892

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Digitized by Google

Meinem hochgeschätzten Lehrer und väterlichen Freunde,

dem

Herrn Geheimenrate und Professor

Dr. C. J. A. Mittermaier

an seinem Jubeltage, 8. Mai 1859

in Dankbarkeit und Verehrung

gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ihnen, hochverehrter Herr, verdanke ich nicht nur einen Teil meiner wissenschaftlichen Ausbildung, sondern ich habe auch von Ihnen und in Ihrem Hause die vielfältigsten Beweise persönlicher Teilnahme und Freundschaft erfahren. So musste mir der Wunsch nahe liegen, Ihnen auch meinerseits an Ihrem Ehrentage eine kleine Gabe darzubringen. Indem ich Sie bitte, als solche dieses Buch annehmen zu wollen, so schöpfe ich hiezu den Mut nicht aus dem Bewusstsein, daß es Ihrer würdig sei, sondern aus der

Digitized by Google

Digitized by Google

Ihnen, hochverehrter Herr, verdanke ich nicht nur einen Teil meiner wissenschaftlichen Ausbildung, sondern ich habe auch von Ihnen und in Ihrem Hause die vielfältigsten Beweise persönlicher Teilnahme und Freundschaft erfahren. So musste mir der Wunsch nahe liegen, Ihnen auch meinerseits an Ihrem Ehrentage eine kleine Gabe darzubringen. Indem ich Sie bitte, als solche dieses Buch annehmen zu wollen, so schöpfe ich hiezu den Mut nicht aus dem Bewusstsein, dass es Ihrer würdig sei, sondern aus der

Digitized by Google

Hoffnung, Sie würden es mit der Güte und Nachsicht beurteilen, welche Sie mir selbst so oft haben angedeihen lassen, und es wenigstens nicht verschmähen als Zeichen der dankbaren und ergebenen Gesinnung

des Verfassers.

Digitized by Google

Vorrede.

Schon bei meinen Studien über die Rückziehung wurde ich auch auf das Correalverhältniß und zu der Vermutung geführt, daß hier ebenfalls ein Fall der Pendenz vorliegen möge, wobei durch Wal die Ungewißheit beseitigt werde. Obwol diese Vermutung von vornherein einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für mich hatte, so dachte ich, mit der weitschichtigen Lehre von den Bedingungen beschäftigt, doch vorerst nicht daran, den Gegenstand weiter zu verfolgen. Als aber die Correalobligationen anfingen, immer lebhafter verhandelt zu werden, und die neueren Bearbeitungen nicht nur nichts Befriedigenderes brachten als die herrschende Lehre, sondern selbst das bereits Gewonnene wieder in Frage zu stellen drohten: da glaubte ich im Interesse der Wissenschaft eine genaue, quellenmäßige Prüfung meiner Vermutung nicht länger verschieben, und, wenn sie sich bewähren sollte, das Ergebniß der Oeffentlichkeit nicht länger vorenthalten zu sollen.

Digitized by Google

Durch die vortreffliche Besprechung, welche unlängst Windscheid in der kritischen Ueberschau gegeben hat, wurde der Entschluß vollends zur Reife gebracht. So ist im Laufe des vergangenen Winters die vorliegende Abhandlung entstanden. Es war mir darin nicht um blose Hypothesen, sondern um feste Thatsachen zu thun; ich wollte daher sowol für die Unrichtigkeit der herrschenden Ansicht, als für die Richtigkeit der von mir selbst verteidigten Auffassung einen strengen Beweis führen, soweit ihn der Zustand der Quellen irgend gestattet. Von diesem Standpunkte wünschte ich meine Arbeit betrachtet und beurteilt zu wissen, obschon ich mir nicht verhehle, daß ich damit kein milderes Urteil herausfordere. Daß es übrigens in meiner Schrift auch an blosen Hypothesen nicht fehlt, bedarf wol kaum der Erwähnung; doch habe ich überall Sorge getragen, das, was mir noch zweifelhaft schien, von dem, was ich für völlig bewiesen erachtete, schon durch die Art des Ausdruckes zu sondern.

Ist es mir gelungen, das vorgesteckte Ziel zu erreichen — und mir wenigstens ist an der Richtigkeit meiner Ansicht auch nicht der leiseste Zweifel übrig geblieben —, so darf ich bei der theoretischen und praktischen Wichtigkeit der behandelten Lehre wol nicht mit Unrecht behaupten, die Wissenschaft einigermaßen gefördert zu haben. Fast noch höher aber als die unmittelbare stelle ich die mittelbare Bedeutung des Gegenstandes. Erweist sich meine Auffas-

Digitized by Google

fung als die richtige, so ist damit nicht nur eine klare Einsicht in das Wesen der Correalität und deren Unterschied von der blosen Solidarität gewonnen, sondern es sind auch manche andern wichtigen Lehren von einem empfindlichen Drucke befreit, den die herrschende Betrachtungsweise der Correalobligationen auf sie ausübte; so namentlich die Lehre von der processualischen Consumtion, ferner die Lehre vom Wesen der obligatio und von deren Erlöschungsgründen, besonders von der confusio, der ich gleich hier eine eingehendere Untersuchung gewidmet habe.

Es ist noch erforderlich, das Verhältniß meiner Arbeit zu Girtanner anzugeben. Wiewol ich meine Ansicht ganz selbständig aus den Quellen gebildet, so habe ich doch bereitwillig anerkannt, daß sie der Sache nach bereits von Girtanner aufgestellt worden ist. Demungeachtet konnte ich meine Arbeit nicht für überflüssig halten teils wegen der Unklarheit und Unfertigkeit der Girtanner'schen Darstellung, teils weil ihr das, was ich bezweckte, eine eigentliche Beweisführung durchaus abging. Bei weitem reifer und gründlicher ist die neueste Darstellung Girtanner's in seinem jüngst erschienenen Buche über die Stipulation. Diese Darstellung kommt der meinigen auffallend nahe; doch spielt auch hier noch manche Unklarheit herein, und die Beweisführung läßt in Bezug auf Vollständigkeit noch viel zu wünschen übrig. So kann ich selbst jezt meine Schrift nicht für verspätet und überflüssig halten, darf aber in der wesentlichen

Digitized by Google

Durch die vortreffliche Besprechung, welche unlängst Windscheid in der kritischen Ueberschau gegeben hat, wurde der Entschluß vollends zur Reife gebracht. So ist im Laufe des vergangenen Winters die vorliegende Abhandlung entstanden. Es war mir darin nicht um blose Hypothesen, sondern um feste Thatsachen zu thun; ich wollte daher sowol für die Unrichtigkeit der herrschenden Ansicht, als für die Richtigkeit der von mir selbst verteidigten Auffassung einen strengen Beweis führen, soweit ihn der Zustand der Quellen irgend gestattet. Von diesem Standpunkte wünschte ich meine Arbeit betrachtet und beurteilt zu wissen, obschon ich mir nicht verhehle, daß ich damit kein milderes Urteil herausfordere. Daß es übrigens in meiner Schrift auch an blosen Hypothesen nicht fehlt, bedarf wol kaum der Erwähnung; doch habe ich überall Sorge getragen, das, was mir noch zweifelhaft schien, von dem, was ich für völlig bewiesen erachtete, schon durch die Art des Ausdruckes zu sondern.

Ist es mir gelungen, das vorgesteckte Ziel zu erreichen — und mir wenigstens ist an der Richtigkeit meiner Ansicht auch nicht der leiseste Zweifel übrig geblieben —, so darf ich bei der theoretischen und praktischen Wichtigkeit der behandelten Lehre wol nicht mit Unrecht behaupten, die Wissenschaft einigermaßen gefördert zu haben. Fast noch höher aber als die unmittelbare stelle ich die mittelbare Bedeutung des Gegenstandes. Erweist sich meine Auffas-

Digitized by Google

fung als die richtige, so ist damit nicht nur eine klare Einsicht in das Wesen der Correalität und deren Unterschied von der blosen Solidarität gewonnen, sondern es sind auch manche andern wichtigen Lehren von einem empfindlichen Drucke befreit, den die herrschende Betrachtungsweise der Correalobligationen auf sie ausübte; so namentlich die Lehre von der processualischen Consumtion, ferner die Lehre vom Wesen der obligatio und von deren Erlöschungsgründen, besonders von der confusio, der ich gleich hier eine eingehendere Untersuchung gewidmet habe.

Es ist noch erforderlich, das Verhältniß meiner Arbeit zu Girtanner anzugeben. Wiewol ich meine Ansicht ganz selbständig aus den Quellen gebildet, so habe ich doch bereitwillig anerkannt, daß sie der Sache nach bereits von Girtanner aufgestellt worden ist. Demungeachtet konnte ich meine Arbeit nicht für überflüssig halten teils wegen der Unklarheit und Unfertigkeit der Girtanner'schen Darstellung, teils weil ihr das, was ich bezweckte, eine eigentliche Beweisführung durchaus abging. Bei weitem reifer und gründlicher ist die neueste Darstellung Girtanner's in seinem jüngst erschienenen Buche über die Stipulation. Diese Darstellung kommt der meinigen auffallend nahe; doch spielt auch hier noch manche Unklarheit herein, und die Beweisführung läßt in Bezug auf Vollständigkeit noch viel zu wünschen übrig. So kann ich selbst jezt meine Schrift nicht für verspätet und überflüssig halten, darf aber in der wesentlichen

Digitized by Google

Uebereinstimmung der Ergebnisse zweier von einander ganz unabhängiger Forschungen einen neuen Grund für die Richtigkeit meiner Auffassung erblicken. Uebrigens habe ich jenes Buch Girtanner's erst während des Druckes meiner Abhandlung erhalten, so daß ich es nur noch in der Correctur und erst vom neunten Bogen an einigermaßen berücksichtigen konnte.

Die äußere Einrichtung des Buches habe ich so bequem als möglich zu machen gesucht. In das Quellenverzeichniß insbesondere sind sämmtliche Stellen aufgenommen worden, die im Buche vorkommen, damit es auch zur Nachschlagung der Parallelstellen dienen könne, deren man bei allen erheblicheren Punkten eine ziemliche Anzal finden wird. Ueberhaupt habe ich bezüglich der Quellenbenuzung möglichster Gründlichkeit und Vollständigkeit nachgestrebt. In Betreff der Literatur will ich bemerken, daß ich das, was ich Andern verdanke, stets gewissenhaft angegeben, auf der andern Seite mich aber auch nicht gescheut habe, Ansichten, die ich für irrig hielt, mit vollem Freimut entgegenzutreten. Daß meine Polemik nirgends der Person, sondern überall nur der Sache gilt, wird man hoffentlich auch ohne besondere Bemerkung erkennen.

Einige stehen gebliebene Druckfehler und ein paar andere Versehen bitte ich vor dem Lesen des Buches zu verbessern.

Basel im September 1859.

Digitized by Google

Inhalt.

Einleitung.

§ 1. Die herrschende Ansicht unterscheidet die blose Solidarität und die Correalität: bei jener so viele Obligationen als Subjecte, bei dieser troz der Mehrheit der Subjecte nur eine einzige Obligation. Bei der Correalität wird wieder zwischen dem objectiven Bestand und der subjectiven Beziehung der Obligation unterschieden.

§ 2. Diese Auffassung ist von neueren Schriftstellern angefochten worden, welche entweder (Bekker, Brinz) die Unterscheidung des objectiven Bestandes von der subjectiven Beziehung einer Obligation, oder (Rückert, Kuntze, Helmolt) sogar jeden principiellen Unterschied der Correalität von der blosen Solidarität verwerfen. Das Unbefriedigende dieser Angriffe. (Besondere Kritik der Ansicht von Brinz Anm. 9 S. 6 ff.)

§ 3. Die Berechtigung weiterer Untersuchungen und somit des folgenden Versuchs. Als Grundlage ist dabei der begriffliche Unterschied der Correalität von der blosen Solidarität festgehalten, überdies werden alle diejenigen Fälle ausgeschieden, in denen das Dasein einer Correalobligation noch fraglich ist. Anordnung der nachfolgenden Darstellung.

Digitized by Google

Erster Abschnitt. Beleuchtung der herrschenden Ansicht.

I. Mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch der Quellen.

§ 4. Die Quellen sprechen bei C. Obligationen bald von una obligatio, bald von plures obligationes. Zusammenstellung der betreffenden Aeußerungen. Ergebniß, daß aus denselben ganz und gar nichts zu schließen ist.

II. Nach inneren Gründen.

§ 5. Daß die herrschende Ansicht von der Correalität nicht besonders natürlich sei, wird von deren Anhängern selbst zugegeben. Nach der von Ribbentrop vorausgesezten Auffassung der obligatio ist sie geradezu unmöglich. Heutzutage bei dem Streit über das Wesen der obligatio ist die Entscheidung schwieriger.

§ 6. Jedenfalls hat selbst für diese neueren Auffassungen der obligatio die herrschende Begriffsbestimmung der C. O. ihr Mißliches. Kritik des Windscheid'schen Rechtfertigungsversuches.

§ 7. Dazu kommt, daß namentlich die Unterscheidung des objectiven Bestandes von der subjectiven Beziehung gar keine Leistungsfähigkeit hat, insbesondere die blos subjective Wirkung mancher Aufhebungsthatsachen auf C. OO. durchaus nicht erklärt.

Digitized by Google

III. Nach den Entscheidungen der Quellen.

1) Günstig scheinende Entscheidungen.

§ 8. Zu Gunsten der herrschenden Ansicht beruft man sich auf die objective Wirkung der acceptilatio. Untersuchung über das Wesen derselben. (Vermutungen über die geschichtliche Entwickelung Anm. 50 S. 44 ff.). Ergebniß: die acceptilatio wirkt als solenne Quittung ganz wie die solutio, auch bei der blosen Solidarität, so daß dieser Punkt nicht beweiskräftig ist.

§ 9. Ebensowenig beweist die objective Wirkung der novatio, weil sie nach der Natur der novatio als einer Art datio in solutum auch bei der blosen Solidarität anerkannt werden muß. Darstellung der verschiedenen Formen der novatio S. 50 und bes. Anm. 57 (S. 51 ff.).

§ 10. Als Hauptbeweis für die Einheit der obligatio bei der Correalität betrachtet man die objectiv-befreiende Wirkung der Litiscontestation. Das Bestechende der gewöhnlichen Begründung, welche jene Erscheinung auf die processualische Consumtion zurückführt. Dagegen erhobene und mögliche Einwendungen, welche die gedachte Begründung als unstatthaft erscheinen lassen.

§ 11. Noch ein weiterer, ganz entscheidender Einwand. Die hauptsächlichste Stütze der herrschenden Auffassung fällt somit in sich zusammen.

§ 12. Auch das freisprechende Urteil soll objectiv-befreiend wirken. Die Quellen haben eine solche Entscheidung nicht. (S. 70 f.). Die objective Wirkung eines deferirten und abgeleisteten Eides beweist für die herrschende Auffassung

Digitized by Google

nichts, da sie, bei geeignetem Inhalte des Eides, auch für die blose Solidarität anerkannt werden muß. Besprechung der L. 28 § 2 de iureiur. (S. 71 ff.).

§ 13. Die obj. Wirkung der Klagenverjährung ist erst durch Justinian eingeführt und wahrscheinlich singulärer Natur, also ohne Beweiskraft. Der lezte Grund für die herrschende Ansicht, die wegen L. 18 de duob. reis behauptete obj. Wirkung der culpa, ist hinfällig, weil die Quellen bezüglich der mora das Gegenteil sagen, und weil überdies jener Sinn der L. 18 cit. keineswegs feststeht.

2) Ungünstig scheinende Quellenaussprüche.

§ 14. Gegen die herrschende Ansicht beruft man sich vor allem auf die blos subj. Wirkung der mora, aber wol ohne Grund.

§ 15. Eben so wenig wird etwas bewiesen durch die Möglichkeit, daß die Berechtigung oder Verpflichtung des einen correus ungültig sein kann, während die der übrigen gültig ist. (S. 86 f.). Auch die Möglichkeit bedingter oder betagter Verpflichtung des einen, unbedingter bezw. unbetagter Verpflichtung des andern correus ist nicht beweiskräftig. (Aus Anlaß von L. 9 § 2 de duob. reis Abschweifung über die Frage, ob im spätern klassischen Recht eine C. O. durch ganz gesonderte Stipulationen habe begründet werden können. Anm. 101.) (S. 87 ff.). Ganz unerheblich ist ferner die blos subj. Wirkung der capitis deminutio und des erblosen Absterbens eines correus (S. 91 f.), die Unstatthaftigkeit, mit einer dem andern correus debendi (non socius) zustehenden Gegenforderung zu compensiren (S. 92 f.), end-

Digitized by Google

lich, die Art der Wirkung eines pactum de non petendo. Erörterungen über dessen Natur (S. 93 ff.).

§ 16. Der herrschenden Ansicht gefährlicher sind die Säze, daß jeder correus debendi einen besondern fideiussor stellen kann, welche Fidejussoren nicht als Confidejussoren betrachtet werden (S. 98 ff.), daß der von einem correus gestellte fideiussor frei wird, wenn der Gläubiger jenen beerbt (S. 100 f.), daß bei Beerbung eines correus durch den andern noch immer die eigene von der ererbten obligatio wohl unterschieden wird (S. 101 f.).

§ 17. Vollkommen unverträglich ist die herrschende Ansicht mit der blos subjectiven Wirkung der Beerbung eines correus debendi durch den Gläubiger. Untersuchungen über die Wirkung der Confusion (§ 17—21). Die Behauptung (Puchta, Savigny, Vangerow), daß dieselbe immer nur auf die subj. Beziehung zu der obligatio wirke und deren obj. Bestand niemals berühre, ist jedenfalls unhaltbar.

§ 18. Aber auch die Annahme einer Verschiedenheit der Wirkung der Confusion je nach Verschiedenheit der Fälle (Ribbentrop, Göschen 2c.) ist willkürlich und grundlos.

§ 19. Girtanner's Ansicht: die aufhebende Wirkung der confusio beruhe auf einer eigentlichen Zalung. Beleuchtung dieser Ansicht; deren Künstlichkeit und Unverträglichkeit mit vielen Entscheidungen der Quellen.

§ 20. Ergebniß: die confusio ist ein selbständiger Tilgungsgrund, der nur in Bezug auf die Art und den Grad seiner Wirkung der solutio gleichkommt. Das Princip, worauf diese Wirkung beruht.

§ 21. Ein hiebei noch zu beachtender Punkt: Welchen Einfluß hat die confusio auf Ansprüche, welche für oder

Digitized by Google

nichts, da sie, bei geeignetem Inhalte des Eides, auch für die blose Solidarität anerkannt werden muß. Besprechung der L. 28 § 2 de iureiur. (S. 71 ff.).

§ 13. Die obj. Wirkung der Klagenverjährung ist erst durch Justinian eingeführt und wahrscheinlich singulärer Natur, also ohne Beweiskraft. Der lezte Grund für die herrschende Ansicht, die wegen L. 18 de duob. reis behauptete obj. Wirkung der culpa, ist hinfällig, weil die Quellen bezüglich der mora das Gegenteil sagen, und weil überdies jener Sinn der L. 18 cit. keineswegs feststeht.

2) Ungünstig scheinende Quellenaussprüche.

§ 14. Gegen die herrschende Ansicht beruft man sich vor allem auf die blos subj. Wirkung der mora, aber wol ohne Grund.

§ 15. Eben so wenig wird etwas bewiesen durch die Möglichkeit, daß die Berechtigung oder Verpflichtung des einen correus ungültig sein kann, während die der übrigen gültig ist. (S. 86 f.). Auch die Möglichkeit bedingter oder betagter Verpflichtung des einen, unbedingter bezw. unbetagter Verpflichtung des andern correus ist nicht beweiskräftig. (Aus Anlaß von L. 9 § 2 de duob. reis Abschweifung über die Frage, ob im spätern klassischen Recht eine C. O. durch ganz gesonderte Stipulationen habe begründet werden können. Anm. 101.) (S. 87 ff.). Ganz unerheblich ist ferner die blos subj. Wirkung der capitis deminutio und des erblosen Absterbens eines correus (S. 91 f.), die Unstatthaftigkeit, mit einer dem andern correus debendi (non socius) zustehenden Gegenforderung zu compensiren (S. 92 f.), end-

lich, die Art der Wirkung eines pactum de non petendo. Erörterungen über dessen Natur (S. 93 ff.).

§ 16. Der herrschenden Ansicht gefährlicher sind die Säze, daß jeder correus debendi einen besondern fideiussor stellen kann, welche Fidejussoren nicht als Confidejussoren betrachtet werden (S. 98 ff.), daß der von einem correus gestellte fideiussor frei wird, wenn der Gläubiger jenen beerbt (S. 100 f.), daß bei Beerbung eines correus durch den andern noch immer die eigene von der ererbten obligatio wohl unterschieden wird (S. 101 f.).

§ 17. Vollkommen unverträglich ist die herrschende Ansicht mit der blos subjectiven Wirkung der Beerbung eines correus debendi durch den Gläubiger. Untersuchungen über die Wirkung der Confusion (§ 17—21). Die Behauptung (Puchta, Savigny, Vangerow), daß dieselbe immer nur auf die subj. Beziehung zu der obligatio wirke und deren obj. Bestand niemals berühre, ist jedenfalls unhaltbar.

§ 18. Aber auch die Annahme einer Verschiedenheit der Wirkung der Confusion je nach Verschiedenheit der Fälle (Ribbentrop, Göschen ꝛc.) ist willkürlich und grundlos.

§ 19. Girtanner's Ansicht: die aufhebende Wirkung der confusio beruhe auf einer eigentlichen Zalung. Beleuchtung dieser Ansicht; deren Künstlichkeit und Unverträglichkeit mit vielen Entscheidungen der Quellen.

§ 20. Ergebniß: die confusio ist ein selbständiger Tilgungsgrund, der nur in Bezug auf die Art und den Grad seiner Wirkung der solutio gleichkommt. Das Princip, worauf diese Wirkung beruht.

§ 21. Ein hiebei noch zu beachtender Punkt: Welchen Einfluß hat die confusio auf Ansprüche, welche für oder

Digitized by Google

gegen Dritte aus der Erfüllung oder Nichterfüllung der obligatio erwachsen können? Diese Frage wird lediglich nach dem materiellen, ökonomischen Sachverhalte bemessen, und dem entsprechend die confusio regelmäßig (aber nicht immer) der Erfüllung gleichgesezt.

§ 22. Eben so unverträglich mit der herrschenden Ansicht ist der Saz, daß das an einen der correi credendi geschehene constitutum die andern von weiterer Forderung ausschließt und sogar das nachher noch an sie Gezalte als ein indebitum hinstellt. (S. 130 ff.).

Schlußergebniß: die herrschende Auffassung der Correalität ist den Aussprüchen der Quellen gegenüber unhaltbar.

Zweiter Abschnitt. Entwickelung der eigenen Ansicht.

I. Nach klassischem Rechte.

1) Darlegung derselben. Nahe Verwandtschaft der Correalobligationen mit den alternativen Obligationen.

§ 23. Als die richtige ist eine der Sache nach schon von Girtanner aufgestellte Ansicht zu betrachten, wonach die C. OO. mit den s. g. alternativen Obligationen eng zu verbinden sind. Bei beiden Verhältnissen ist zunächst eine Ungewißheit vorhanden: bei alt. Obll. darüber, welche von mehreren Leistungen die eigentlich geschuldete, bei C. OO. darüber, welche von mehreren Personen der eigentliche Gläubiger oder Schuldner ist; erst durch Auswal (electio) wird in beiden Fällen die Ungewißheit gehoben (S. 136 ff.). Bei dieser Auffassung noch mögliche — aber praktisch uner-

Digitized by Google

Digitized by Google

c) Nachweis für die Correalobligation insbesondere.

§ 28. Für eine ähnliche juristische Gestaltung, wie bei altern. Obll., spricht schon, daß durch letztwillige Verfügung C. OO. und alt. Obll. mittels Anwendung der gleichen Form, nämlich mittels alternativer Nennung zweier Personen bezw. Gegenstände begründet werden.

§ 29. Bei Stipulationen ist die blose alternative Nennung zweier Personen zur Erzeugung einer C. O. nicht genügend, weil man durch seine Stipulation einen Andern nicht berechtigen noch verpflichten kann. Bei Sklaven im Miteigentum zweier Personen fällt dies Hinderniß weg; dennoch bewirkt ihre alternativ auf beide Herren gestellte Stipulation keine C. O., sondern sie ist ungültig. Beseitigung dieser Schwierigkeit durch Auslegung der betreffenden Stellen: L. 9 §. 1 — L. 13, L. 21 de stip. serv. (S. 178 ff.) Uebrigens kann durch alternative Richtung der Stipulation auf zwei Personen wenigstens ein der Correalität ganz ähnliches Verhältniß, das des solutionis causa adiectus begründet werden (S. 179 ff.).

§ 30. Ein weiterer Beweisgrund für die hier verteidigte Auffassung liegt in L. 62 pr. ad L. Falc. Beseitigung eines aus L. 82 § 5 de legat. I möglicherweise herzuleitenden Einwandes.

§ 31. Daß nun die Ungewißheit auch bei der C. O. durch electio beseitigt wird, geht zunächst aus zalreichen unmittelbaren Quellenäußerungen hervor. Zusammenstellung derselben.

§ 32. Damit erklären sich aber auch sämmtliche quellenmäßige Entscheidungen. Zunächst die objective Wirkung man-

Digitized by Google

cher Thatsachen auf Correalverhältnisse, was freilich weniger von der Zahlung, Novation, Acceptilation und dem Eide gilt, deren objective Wirkung, wie bei der blosen Solidarität, vielmehr auf — wirkliche oder juristisch anzunehmende — Befriedigung des Gläubigers zurückgeführt ward, als von der Litiscontestation und dem Constitutum.

§ 33. Eben so einfach erklärt sich die blos subjective Wirkung anderer Thatsachen, besonders der capitis deminutio und der confusio. Auch einige andere Bestimmungen (s. ob. § 16) erhalten ihre einfache Erklärung.

3. Noch einige Fragen.

§ 34. Wie wird die befreiende Wirkung der electio, insbesondere der Litiscontestation von den nicht gewälten correi debendi oder gegenüber den nicht gewälten correi credendi processualisch geltend gemacht? Nach der herrschenden Meinung nur in den Fällen der directen Consumtion durch Negation, gewöhnlich aber durch exc. rei in iudicium deductae oder rei iudicatae. Allein die Quellen ergeben, daß die electio stets mittels Negation geltend gemacht wird, eine neue Stütze für die hier verteidigte Ansicht. Ueber die scheinbar widerstreitende L. 7 § 1 de except. s. S. 211 ff.

§ 35. Wie geschieht die bindende Wal? Nur durch Handlungen, die schon an und für sich und abgesehen von einer Correalität einen bindenden Charakter haben. (S. 215 f.) Eine ausschliezliche Wal eines correus erfordert aber überdies unzweideutige Kundgebung dieser Absicht. (217 ff.)

§ 36. Wer hat die Wal? Bei der passiven C. O. der Gläubiger; bei der activen zunächst der Schuldner, kommt es jedoch zur Klage, so geht die Walbefugniß auf die

Digitized by Google

Correalgläubiger über, d. h. es ist dann occupantis melior conditio. Analogie der L. 2 § 3 de eo quod certo loco. (S. 219 ff.)

Wer kann gewält werden? Nicht blos einer der correi (debendi oder credendi), sondern auch mehrere oder alle, und in den beiden lezten Fällen nicht blos nach Kopfteilen, sondern nach beliebigen Bruchteilen des Forderungsbetrages (S. 223 ff.).

§ 37. Innerer Grund des Unterschiedes der blosen Solidarität und der Correalität. Jene beruht auf innerer Notwendigkeit, diese auf der Willkür der Parteien; bei jener handelt es sich um eine Leistung, die zwar an sich mehrmals geschehen sollte, aber ihrer Natur nach nur einmal geschehen kann, bei dieser um eine Leistung, welche mehrmals geschehen könnte, aber nur einmal geschehen soll.

II. Die Veränderungen im Justinianeischen Recht.

§ 38. Nur die L. 28 C. de fideiuss. ist hier näher zu besprechen. Aeußere Tragweite dieses Gesezes: es bezieht sich blos auf correi debendi, nicht auch auf correi credendi, wie sich sowol auf dem Wege der reinen Gesezesauslegung (S. 239 ff.), als nach innern Gründen (S. 243 ff.) ergibt.

§ 39. Innere Tragweite der L. 28 cit.: es ist dadurch bezüglich der passiven Correalität der ganze Gesichtspunkt der electio und damit jede praktische Verschiedenheit von der blosen Solidarität beseitigt worden. Consequenzen.

§ 40. Ergebnisse.

Zusäze (S. 257 ff.)

Digitized by Google

Einleitung.

§. 1.

Hinsichtlich der Natur der Correalobligationen war seit Ribbentrop's bekannter Schrift folgendes lange Zeit hindurch die ganz allgemeine Ansicht: Man müsse vor allem zwischen den s. g. blos solidarischen Verbindlichkeiten (nach Savigny: unechten Correalobligationen) und den Correalobligationen (nach Savigny: den echten Correalobligationen) unterscheiden. Beiden sei zwar gemeinsam die Identität der Leistung, wozu Jeder aus Mehreren verpflichtet sei, oder welche Jeder aus Mehreren zu fordern habe, die aber doch im ganzen nur Einmal verlangt werden könne. Allein die wesentliche Verschiedenheit bestehe darin, daß im übrigen bei der blosen Solidarität eben so viel besondere Obligationen als Verpflichtete vorkämen, während bei der Correalobligation sich zu der Identität des Gegenstandes auch eine Identität der Obligation geselle, woran nur mehrere Subjecte activ oder passiv beteiligt seien. Diese Verschiedenheit soll sich nun namentlich in Betreff der Erlöschungsgründe wirksam erweisen. Thatsachen freilich,

1

Digitized by Google

Correalgläubiger über, d. h. es ist dann occupantis melior conditio. Analogie der L. 2 § 3 de eo quod certo loco. (S. 219 ff.)

Wer kann gewält werden? Nicht blos einer der correi (debendi oder credendi), sondern auch mehrere oder alle, und in den beiden lezten Fällen nicht blos nach Kopfteilen, sondern nach beliebigen Bruchteilen des Forderungsbetrages (S. 223 ff.).

§ 37. Innerer Grund des Unterschiedes der blosen Solidarität und der Correalität. Jene beruht auf innerer Notwendigkeit, diese auf der Willkür der Parteien; bei jener handelt es sich um eine Leistung, die zwar an sich mehrmals geschehen sollte, aber ihrer Natur nach nur einmal geschehen kann, bei dieser um eine Leistung, welche mehrmals geschehen könnte, aber nur einmal geschehen soll.

II. Die Veränderungen im Justinianeischen Recht.

§ 38. Nur die L. 28 C. de fideiuss. ist hier näher zu besprechen. Aeußere Tragweite dieses Gesezes: es bezieht sich blos auf correi debendi, nicht auch auf correi credendi, wie sich sowol auf dem Wege der reinen Gesezesauslegung (S. 239 ff.), als nach innern Gründen (S. 243 ff.) ergibt.

§ 39. Innere Tragweite der L. 28 cit.: es ist dadurch bezüglich der passiven Correalität der ganze Gesichtspunkt der electio und damit jede praktische Verschiedenheit von der blosen Solidarität beseitigt worden. Consequenzen.

§ 40. Ergebnisse.

Zusäze (S. 257 ff.)

Digitized by Google

Einleitung.

§. 1.

Hinsichtlich der Natur der Correalobligationen war seit Ribbentrop's bekannter Schrift folgendes lange Zeit hindurch die ganz allgemeine Ansicht: Man müsse vor allem zwischen den s. g. blos solidarischen Verbindlichkeiten (nach Savigny: unechten Correalobligationen) und den Correalobligationen (nach Savigny: den echten Correalobligationen) unterscheiden. Beiden sei zwar gemeinsam die Identität der Leistung, wozu Jeder aus Mehreren verpflichtet sei, oder welche Jeder aus Mehreren zu fordern habe, die aber doch im ganzen nur Einmal verlangt werden könne. Allein die wesentliche Verschiedenheit bestehe darin, daß im übrigen bei der blosen Solidarität eben so viel besondere Obligationen als Verpflichtete vorkämen, während bei der Correalobligation sich zu der Identität des Gegenstandes auch eine Identität der Obligation geselle, woran nur mehrere Subjecte activ oder passiv beteiligt seien. Diese Verschiedenheit soll sich nun namentlich in Betreff der Erlöschungsgründe wirksam erweisen. Thatsachen freilich,

Digitized by Google

welche der Verpflichtung der Mehreren ihren Gegenstand entzögen, z. B. vollständige Leistung an den Gläubiger, müssten, selbst wenn sie nur in der Person eines der Verpflichteten einträten, bei der blos solidarischen Verbindlichkeit nicht minder, als bei der Correalobligation die Verpflichtung sämmtlicher Subjecte aufheben, weil dies auf der beiden Verhältnissen gemeinsamen Identität der von Mehreren geschuldeten Leistung beruhe. Andere Erlöschungsgründe dagegen, wie z. B. Acceptilation, Novation, Litiscontestation, könnten bei bloser Solidarität nur auf die Obligation Desjenigen wirken, in dessen Person sie sich ereigneten, während die Correalobligation, eben weil hier überhaupt nur Eine obligatio vorhanden, auch in solchen Fällen immer für sämmtliche Teilnehmer erlöschen müsse.

Dabei konnte man sich nun freilich der Wahrnehmung nicht entziehen, dass auch bei der Correalobligation manche Erlöschungsgründe, z. B. Confusion, capitis deminutio, nur für den einzelnen Teilnehmer wirken, in dessen Person sie eingetreten sind. Diesen Anstand suchte man aber zu heben durch die Unterscheidung zwischen dem objectiven Bestand und der subjectiven Beziehung der obligatio. Gewisse Ereignisse träfen eben nur die subjective Beziehung des einen Teilnehmers zu der gemeinsamen obligatio, löften nur dessen Beteiligung an derselben auf, und diese könnten dann natürlich die übrigen Teilnehmer nicht berühren. Durch die gleiche Unterscheidung suchte man auch manche andere Erscheinungen und besonders den Sprachgebrauch unserer Quellen zu erklären,

Digitized by Google

welche bei der Correalobligation bald von una obligatio, bald von plures obligationes reden[1]).

§. 2.

Diese Auffassung, obschon sie auch jezt noch die weitaus herrschende genannt werden muß, ist in neuester Zeit von mehreren Seiten und in sehr lebhafter Weise angefochten worden. Jedoch gehen die Gegner, deren Meinungen auch sonst zum Teil sehr erheblich von einander abweichen, keineswegs alle gleich weit in der Bekämpfung. Manche, wie Bekker[2]) und Brinz[3]), erklären sich nur gegen die Unterscheidung des objectiven Bestandes von der subjectiven Beziehung einer obligatio, ohne im übrigen die Einheit der obligatio bei der Correalität zu leugnen. Andere dagegen, und gerade die jüngsten Bearbeiter unserer Lehre, Rückert[4]), Kuntze[5]) und v. Helmolt[6]) verwerfen diese ganze Grundlage der bisherigen Auffassung; sie nehmen auch bei Correalverhältnissen immer eine Mehrheit der Obligationen an und

---

1) Ueber das Ganze vgl. z. B. Vangerow Lehrbuch der Pand. III § 573 Anm. 1 (6. Aufl. S. 67 ff.).

2) Die processualische Consumption. Berlin 1853. § 17 (S. 214 ff.) bes. S. 226 f..

3) Kritische Blätter. Nr. IV. Erlangen 1853. Bes. S. 3 ff. u. 28; Lehrbuch der Pand. Erlangen 1857. Abt. I. S. 614 ff..

4) Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß. Neue Folge XII (1855) S. 1 ff.

5) Die Obligation und die Singularsuccession. Leipzig 1856. S. 115 ff.

6) Die Correalobligationen. Gießen 1857.

Digitized by Google

stellen überhaupt die begriffliche Verschiedenheit der Correalobligationen und der blos solidarischen Verbindlichkeiten in Abrede.

Im ganzen sind diese Angriffe der herrschenden Auffassung noch nicht sehr gefährlich gewesen. Vor allem, weil sie die erste Hauptaufgabe, eine eingehende Kritik jener Auffassung versäumen. Sie leugnen eigentlich nicht, daß sich die Entscheidungen unserer Quellen mit derselben erklären lassen, oder gehen doch über diesen Punkt sehr leicht hinweg. Vielmehr begnügen sie sich wesentlich mit dem von vornherein als durchschlagend angenommenen Grunde, daß eine Einheit der obligatio bei Mehrheit der Subjecte, bezw. eine Unterscheidung zwischen objectivem Bestand und subjectiver Beziehung einer obligatio undenkbar sei. Dieser Grund selbst aber wird dann gewöhnlich wieder für so selbstverständlich erachtet, daß man ihn keines weitern Beweises bedürftig glaubt. Eine solche Widerlegung kann nun offenbar bei Säzen nicht genügen, welche lange Zeit hindurch (der erste sogar seit Jahrhunderten) ganz allgemein für denkbar gehalten und wirklich gedacht, ja sogar als wahr angenommen worden sind, und die jezt noch von den Meisten als wahr angenommen werden, und so darf man schon das negative Ergebniß jener Anfechtungen ein sehr unbefriedigendes nennen[7]). Noch

7) Wie sich von selbst versteht, gilt das Gesagte nicht von allen oben genannten Schriftstellern in gleichem Maße. Ich habe nur den Eindruck geschildert, den die gedachten Angriffe im ganzen auf mich gemacht haben und, wie ich glaube, auf jeden unbefangenen Leser machen müssen. Vgl. übrigens


Digitized by Google

viel unbefriedigender aber ist, was man positiv an die Stelle der herrschenden Ansicht sezen will. Statt der Unterscheidung des objectiven Bestandes und der subjectiven Beziehung sagen Bekker und Brinz: materiell sei bei der Correalität una obligatio, formell dagegen seien plures obligationes vorhanden[8]). Wenn dies so gemeint wäre, wie man dem Ausdrucke nach zunächst geneigt ist, es zu verstehen, daß dem innern Wesen nach und vom ökonomischen Standpunkte aus nur Eine Forderung, nach der äußerlichen Erscheinung und vom juristischen Gesichtspunkt aber mehrere Forderungen beständen: so könnte man es allenfalls noch gelten lassen, wie denn wirklich eine derartige Auffassung für das Bürgschaftsverhältniß nicht ganz ohne Berechtigung wäre. Allein so ist es eben nicht gemeint; Brinz namentlich sagt auf das entschiedenste, als ursprüngliches und regelmäßiges Verhältniß sei bei der (passiven) Correalität immer zu betrachten, daß jeder der mehreren Schuldner nur ein partielles eigenes Interesse habe, d. h. also für die ökonomische Anschauung bloser Partialschuldner sei[9]). Was danach die Beisäze „materiell"

Bekker S. 226; Brinz S. 3; Helmolt S. V f., 19, 159 f., 160; Rückert S. 3, 10, 13, 57; endlich selbst Kuntze, der, so gründlich und ausführlich er sonst die bestehenden Meinungen bespricht (S. 120—133), der Widerlegung der herrschenden Ansicht wesentlich nur eine einzige Seite (119) widmet!

8) S. Brinz Lehrbuch Abt. I. S. 617 vgl. mit Krit. Bl. S. 19 und 27; Bekker S. 227.

9) Brinz Krit. Bl. S. 22, 23, 27; Lehrbch. Abt. I. S. 617. —

Digitized by Google

und „formell“ besagen sollen, weiß ich nicht; aber jedenfalls ist so viel klar, daß von einem und demselben (dem

Wiewol ich im allgemeinen von einer eingehenderen Betrachtung der von den obengenannten Schriftstellern aufgestellten Ansichten absehe: so will ich doch bei der von Brinz, weil sie auch in dessen Lehrbuche wiederkehrt, kurz verweilen. Brinz findet den Grund, warum bei der Correalobligation ungeachtet der Mehrheit der Subjecte doch nur Eine obligatio vorhanden sei, in der Vertretung. Jeder correus debendi sei zunächst Partialschuldner, zunächst also seien zwei Obligationen vorhanden, jeder übernehme aber zugleich die Schuld des andern als dessen Vertreter. Dann hat aber doch offenbar jeder zwei Schulden, die eine in eignem, die andere in fremdem Namen. Wie daraus Eine obligatio werden soll, ist schwer einzusehen. Dies hat denn auch Brinz selbst gefühlt; aber, sagt er (Krit. Bl. S. 23) „diese Mehrheit der Schulden (in einer und derselben Person) verschwindet vor der Form der Stipulation, welche Jeden das Ganze auf einmal (una obligatione solidum) promittiren läßt.“ Also ist es schließlich doch nicht die Vertretung, sondern ein davon ganz unabhängiger, rein formeller Grund, welcher die Einheit der obligatio bewirkt! Was ist aber dann durch die Brinz'sche Ausführung gewonnen, und wie kann namentlich Brinz fortwährend behaupten, schon nach natürlichem Ermessen und materiell sei blos Eine obligatio vorhanden? oder gar (S. 26) „die Einheit der Obligation selbst sei nicht schon durch die Fassung der Stipulation gegeben gewesen, sie habe vielmehr in der materiellen Beschaffenheit des Falls gelegen.“?! (Vgl. auch S. 27). Uebrigens ist es möglich, daß ich Brinz nicht richtig verstanden habe, wenigstens behauptet er dies in seinem Lehrbuche (S. 617) Kuntze gegenüber, der (S. 128) bereits ähnliche Einwände erhoben hatte, und trägt im übrigen seine frühere Lehre mit folgenden Worten wieder vor: „Aus lezterem (daß nämlich duo rei debendi pro parte „proprio nomine“ Selbstschuldner) folgt nach natürlichem Er-

Digitized by Google

juristischen) Standpunkte una obligatio, und zugleich plures obligationes angenommen werden! Sollte da

---

messen, daß von zwei solchen correis jeder zwei Schulden übernahm; eine, bis zu einem gewissen Teile des solidum, proprio nomine; die andere, zum übrigen Teile, alieno nomine; — aber schon nach natürlichem Ermessen (!) war jede dieser beiden Obligationen (Ist dies so viel wie: je eine dieser beiden Obligationen?) eadem obligatio mit jeder (je einer?) des Anderen (was Kuntze gegen uns a. a. O. S. 128 übersieht); dieselbe, die jeder proprio nomine hatte, hatte der Andere alieno nomine. So weit läge hier Stoff zu zwei Obligationen, allein zu zwei Correalobligationen vor (vgl. L. 11 pr. D. duob. r.); für den Fall, daß Dreie promittirten, zu drei u. s. f. Allein der wahrscheinlich ursprüngliche und fortan wichtigste Fall der duo rei debendi sind die duo rei promittendi, jeder der mehreren Promittenten versprach aber nur einmal, seine eigene und die fremde Schuld auf einmal, als Ein Ganzes (in solidum), so daß jeder nur Eine, mit der des Anderen identische Schuld hatte (L. 11 § 1, § 2 D. duob. r.)." Ich muß gestehen, daß mir dadurch die Sache nicht klarer geworden ist; nur möchte mir scheinen, als ob auch hier das Hauptgewicht schließlich nicht auf das materielle Moment der Vertretung gelegt werde, sondern auf das rein formelle der Art und Weise, wie die Verpflichtung geschehen. Was nutzt uns aber dann juristisch die Herbeiziehung der Vertretung? Ich will gern zugeben, daß vom wirtschaftlichen und materiellen Standpunkte (Ausdrücke, die ich wesentlich für gleichbedeutend halte) jeder Correalschuldner regelmäßig zum Teil eine fremde Schuld (gleichsam als Bürge) übernimmt; allein, so sehr ich sonst eine Herbeiziehung des ökonomischen Standpunktes für notwendig halte, so kann ich doch nicht glauben, daß gerade hier, zur Einsicht in das juristische Wesen der Correalobligation mit diesem Standpunkte viel gewonnen sei. Gerade hier scheint es sich mir um Verhältnisse zu handeln, die rein formeller Natur sind, und bei denen daher der juristische vom

nicht ein Ausspruch von Bekker selbst (S. 226) volle Anwendung finden: „logisch unmöglich ist, daß eins zwei

---

ökonomischen, materiellen Gesichtspunkte scharf zu scheiden ist und aus dem leztern durchaus keine Folgerungen gezogen werden können (abgesehen etwa von der das juristische Wesen der Correalobligation nicht berührenden Regreßfrage und einigen andern ebenfalls mit der juristischen Natur der Correalität ganz und gar nicht zusammenhängenden Punkten). Daß hier in der That das materielle Verhältniß ganz zurücktritt und nur das formelle Verhältniß in Rücksicht kommt, möchte unwidersprechlich aus folgenden Stellen hervorgehen, die allerdings zunächst nur vom Bürgen handeln: L. 9 § 3 de pignor. act. 13, 7 (sive fideiussoribus, sive reo dato); L. 24 de pactis 2, 14; L. 5 pr., § 1 de lib. leg. 34, 3. Ueberdies müsste Brinz mit seiner Anschauung zu Consequenzen kommen, denen die Entscheidungen unserer Quellen geradezu widersprechen. So müsste er offenbar durch pactum de non petendo eines correus credendi den Schuldner immer zur Hälfte als befreit ansehen, und wenn der Gläubiger einen von zwei correi beerbt, so müsste die Schuld zur Hälfte durch Confusion erlöschen; wenn ferner die Verpflichtung des einen correus ungültig wäre, so könnte auch der andere nur auf die von ihm proprio nomine geschuldete Hälfte verpflichtet sein u. s. w. Ich weiß wenigstens nicht, wie mit dem von Brinz eingenommenen Standpunkte diesen und ähnlichen Consequenzen zu entgehen wäre. Vgl. auch gegen Brinz: L. 128 de V. O. 45, 1 verb.: „quia non alterius nomine ei solvitur sed suae obligationis;“ — L. 34 pr. de receptis 4, 8 verb.: „nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur.“ — Schließlich sei noch bemerkt, daß die Auffassung von Brinz keinen so vollkommenen Anspruch auf Neuheit hat, als man zu glauben geneigt sein möchte, und als vielleicht ihr Urheber selbst glaubt. Sie ist nämlich die ganz allgemeine Auffassung der französischen Juristen. Vgl. z. B. Marcadé Explication

Digitized by Google

sei"? Auf alle Fälle werden durch die Formel von Bekker und Brinz nur andere (und gewiß nicht bessere) Ausdrücke an die Stelle der bisher gebrauchten: „objectiver Bestand" und „subjective Beziehung" gesezt, die damit bezeichnete Unterscheidung selbst wird weder aufgehoben noch aufgegeben. Ganz deutlich tritt dies zu Tage, wenn Bekker seine Ansicht auch so ausdrückt: wir hätten bei der Correalobligation „Eine Verbindlichkeit, über die mehre Klagen, und zwar mit verschiedenen Subjecten auf der einen oder andern Seite begründet seien." Denn das ist es ja gerade, was die herrschende Meinung durch die Unterscheidung des objectiven Bestandes und der subjectiven Beziehung bezeichnen will, daß nämlich nur eine einfache obligatio vorliege, welche aber ihrem ganzen Inhalt und Umfange nach gegen jedes von mehreren Subjecten geltend gemacht werden könne. Auf die Hauptfrage endlich, wegen welcher man zunächst die gedachte Unterscheidung aufgestellt hat: warum manche Erlöschungsgründe für alle correi wirken, andere nur den betreffenden einzelnen correus berühren, geben uns Bekker und Brinz mit ihrer Formel keinen bessern Aufschluß als die herrschende Lehre.

---

du code Napol. 4me éd. Paris 1850 t. IV p. 465 nro. II, ferner ad art. 1199, 1205, 1206, 1207 ꝛc. und t. V p. 302 ss.; Zachariä Handbuch des franz. Civilrechts. 5. Aufl. Hdlb. 1853 Bd. II § 298 bes. S. 218 Anm. 17. Im französischen Rechte finden sich denn aber auch die wesentlichen Folgesäze dieser Anschauung — allerdings nicht mit strenger Consequenz — anerkannt. Vgl. z. B. code Nap. art. 1198, 1209, 1301, 1285 ꝛc.


Digitized by Google

Aehnliche und noch stärkere Bedenken treten den von Rückert, Kuntze und Helmolt aufgestellten Ansichten entgegen.

Die auffallende Erscheinung, daß gewisse Thatsachen, namentlich Litiscontestation mit einem der Solidarschuldner, in manchen Fällen der Solidarität sämmtliche Schuldner befreien, in andern Fällen nur den einzelnen, in dessen Person sie sich ereignen, hat bekanntlich die hauptsächliche Veranlassung zur Unterscheidung der Correalobligationen und der blos solidarischen Verbindlichkeiten gegeben. Indem nun die gedachten Schriftsteller diesen Unterschied leugnen und auch bei Correalobligationen eine Mehrheit von Obligationen annehmen: so fragt es sich, wie sie denn jene Erscheinung erklären. Die Antwort, die sie darauf geben, ist im höchsten Grade ungenügend; sie geht bei ihnen allen wesentlich dahin, Rücksichten der Billigkeit und praktischen Nützlichkeit hätten in den einzelnen Fällen der Solidarobligationen eine verschiedene Behandlung gewisser Erlöschungsgründe hervorgerufen [10]). Das heißt doch m. a. W.: man verzichtet auf jede Erklärung, und stellt das, was die herrschende Ansicht auf ein Princip zurückführte, als eine Summe von Singularitäten hin. Mit Recht könnte, selbst wenn jene Billigkeits- und Nützlichkeitsrücksichten überall nachweisbar wären, die herrschende Meinung erwidern: sie leugne gar nicht, daß das Recht von jenen Rücksichten ausgegangen, aber es habe

10) Rückert Seite 31 ff.; Kuntze Seite 229 ff.; Helmolt Seite 137 ff.

Digitized by Google

ihnen eben durch verschiedene principielle Gestaltung der einzelnen Fälle Rechnung zu tragen gesucht.

Von einer eingehendern Betrachtung der im vorstehenden angedeuteten, von der herrschenden Ansicht abweichenden Meinungen kann ich wol Abstand nehmen, um so eher, als sie sämmtlich bereits ausführliche Beurteilungen erfahren haben[11]). Insbesondere hat ihnen unlängst Windscheid eine höchst sorgfältige und gründliche Gesammtbesprechung gewidmet[12]), mit deren negativen Resultaten ich fast durchweg übereinstimme. Windscheid selbst hat sich, wie auch die Recensenten von Kuntze und Helmolt, für die herrschende Auffassung erklärt.

§ 3.

Wenn nun auch diese Angriffe die herrschende Ansicht nicht zu stürzen vermochten, so ist sie doch immerhin als erschüttert zu betrachten, schon deshalb, weil sämmtliche neuere Bearbeiter als deren Gegner aufgetreten sind. Dazu kommt, daß jene Ansicht unzweifelhaft manche Rätsel übrig lässt. Unter diesen Umständen sind weitere Untersuchungen über die Natur der Correalität gewiß berechtigt und zeitgemäß. Sie sind um so weniger überflüssig zu nennen, als Ribbentrop gerade diesen Punkt nur mehr

---

11) Vgl. über Brinz, Bekker und Rückert: Kuntze S. 125 ff.; über Kuntze: Dworzak in der krit. Ueberschau IV S. 57 ff.; über Helmolt: Zimmermann in der Heidelberger krit. Ztschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft V S. 147 ff.

12) Krit. Ueberschau VI S. 209 ff.

Digitized by Google

beiläufig behandelt hat. Seine (glänzend gelöste) Hauptaufgabe war zu zeigen, daß innerhalb der Solidarobligationen selbst wichtige Verschiedenheiten beständen, welchen er durch die Bezeichnungen: „Correalobligation" und „blos solidarische Verbindlichkeit" einen begrifflichen Ausdruck zu geben suchte, indem er zugleich nachwies, daß jedenfalls bei der leztern Art der Solidarität eine Mehrheit von Obligationen angenommen werden müsse. Die Ansicht dagegen, daß das Wesen der Correalobligationen in die „gleichzeitige directe Beziehung einer und derselben ungeteilten Obligation auf mehrere Gläubiger oder Schuldner" zu sezen sei, nebst der zuerst von Keller aufgestellten Unterscheidung des objectiven Bestandes der Obligation von deren subjectiver Beziehung nahm er wesentlich auf, wie er sie vorfand. Er suchte nur jene Ansicht gegen einige, namentlich von Hasse erhobenen Einwendungen zu verteidigen, und diese Unterscheidung von der Verbindung mit den exceptiones rei und personae cohaerentes zu lösen, in welche sie von Keller gebracht worden war[13]).

So werden denn die folgenden Blätter und der darin gemachte Versuch, der Natur eines vielfach rätselhaften Rechtsinstitutes näher zu kommen, keiner weitern Entschuldigung bedürfen. Selbst für den Fall, daß man ihn nicht für gelungen erachten sollte, hoffe ich, er werde zur

13) Vgl. Ribbentrop Correalobligationen (1831) § 3—5 (S. 10 ff.); Keller Litiscontestation und Urteil (1827) S. 446 ff.

Digitized by Google

Aufhellung des Dunkels wenigstens als Beitrag zur allseitigen Beleuchtung des Gegenstandes einigermaßen förderlich sein.

Ich gehe dabei von dem begrifflichen Unterschiede der Correalität und der blosen Solidarität als der m. E. durch Ribbentrop unwiderleglich hergestellten und durch die neuerlich erfolgten Angriffe nicht erschütterten Grundlage aus. Ferner scheint es mir seit Ribbentrop keinem gegründeten Zweifel mehr unterliegen zu können — und ist auch seitdem nicht bezweifelt worden —, daß das Wesen der blosen Solidarität in einer Mehrheit selbständiger und an sich von einander ganz unabhängiger Obligationen verschiedener Subjecte auf denselben, jedoch im ganzen nur Einmal zu leistenden Gegenstand bestehe. Ich werde daher im folgenden wesentlich nur die Natur der Correalobligationen in Rücksicht ziehen.

Indem ich aber meine Untersuchung nur auf die Correalität erstrecke, scheint mir auch hier noch eine strenge Beschränkung geboten zu sein. Man darf nämlich, um die Natur der Correalobligation zu ermitteln, nicht Fälle hereinziehen, in denen das Dasein einer solchen noch in Frage steht, eine Frage, die selbst erst nach Herstellung des Wesens der Correalität beantwortet werden kann. Ich lasse demnach außer Ansaz das Verhältniß des fideiussor und des Hauptschuldners, die s. g. actiones adiecticiae qualitatis, die Stellung mehrerer Eigentümer eines Sklaven oder Thiers gegenüber der Noxalklage, das durch Unteilbarkeit der Leistung beim Dasein mehrerer Schuldner oder Gläubiger entstehende Verhältniß, endlich selbst das Ver-

Digitized by Google

hältniß mehrerer Argentarien, die ihr Gewerbe gemeinsam betreiben, hinsichtlich der auf ihr Gewerbe Bezug habenden Geschäfte. Nur auf solche Fälle nehme ich Rücksicht, in welchen die Quellen ganz unzweideutig das Dasein von plures rei debendi oder credendi anerkennen, vorzüglich also die Fälle der Correalität, welche durch Stipulation oder Testament begründet werden. Sie allein sind geeignet, uns einen richtigen Aufschluß über die juristische Natur jenes Verhältnisses zu gewähren.

Ich will nun, um nicht in einen oben gegen Andere gerügten Fehler zu verfallen, zunächst die herrschende Ansicht einer genauen Prüfung unterwerfen. Ich will dabei alles, was sich für und gegen dieselbe sagen läßt, mit möglichster Unparteilichkeit und von meiner eigenen Meinung vorerst noch ganz absehend, darzulegen suchen. In einem zweiten Abschnitte soll sodann die Entwickelung und Begründung einer mir richtiger erscheinenden Ansicht versucht werden.

Digitized by Google

Erster Abschnitt.

Beleuchtung der herrschenden Ansicht.

I. Mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch der Quellen.

§ 4.

Die herrschende Auffassung der Correalität stützt sich vor allem auf den Wortlaut vieler Stellen, in denen die Einheit der obligatio bei Correalverhältnissen geradezu ausgesprochen werde. Hier wird man sich nun freilich noch nicht auf Aeußerungen berufen können, wie diese „cum duo eandem pecuniam debent oder promiserint“ (L. 2, 19 de duob. reis 45, 2), „ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi“ (L. 18 eod.), „plures in unam summam rei promittendi“ (L. 10 § 3 de appell. 49, 1), „in his, qui eiusdem pecuniae exactionem habent in solidum, vel qui eiusdem pecuniae debitores sunt“ (L. 21 § 5 de pactis 2, 14), „duo rei eiusdem pecuniae“ (L. 12 § 3 de inoff. test. 5, 2, L. 28 § 3 de iureiur. 12, 2, L. 17 § 2 ad SC. Vell. 16, 1, L. 82 § 5 de legat. I (30), L. 13 pr. de legat. II (31), L. 21 § 4 de fideiuss. 46, 1, L. 2 C. de duob. reis 8, 40 vgl. noch L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1: „alterum reum eiusdem pecuniae“). Denn eine derartige Redeweise würde mit der Annahme

Digitized by Google

mehrerer Obligationen nicht unverträglich sein, wie denn der Ausdruck „eiusdem pecuniae debitores“ auch in Fällen bloser Solidarität vorkommt [14]). Allein in zalreichen andern Stellen scheint wirklich die Einheit der obligatio unzweideutig anerkannt zu sein. Da man auf die Ausdrucksweise unserer Quellen ein großes Gewicht zu legen pflegt, so will ich alles zusammenstellen, was ich in dieser Hinsicht habe auftreiben können.

Es gehört vor allem hierher die auch überall an erster Stelle angeführte L. 3 § 1 de duob. reis 45, 2, wo Ulpian sagt: „quum una sit obligatio, una et summa est“; ferner aber sind zu bemerken: L. 9 pr. de pactis 2, 14: „plures, qui eandem actionem habent,“ „unum debitum est“, L. 5 C. de duob. reis 8, 40: „in uno eodemque contractu“, „ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus“, pr. I. de duob. r. 3, 16, wo das Nichtdasein einer Correalobligation als „alia atque alia obligatio“ bezeichnet wird, vgl. auch § 1 eod.: „in utraque obligatione“ [15]), „omnium pe-

14) Vgl. L 38 pr. de adm. tut. 26, 7, wo das „ut“ nicht etwa eine blose Vergleichung mit eiusdem pecuniae debitores andeutet, sondern offenbar erklärend und erläuternd gebraucht ist, s. auch L. 52 § 3 de fideiuss. 46, 1 „Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores“. — Man könnte sich freilich gegen das im Text Gesagte auf L. 21 de cond. indeb. 12, 6 verb.: „duos reos non eiusdem pecuniae sed alterius obligationis“ beziehen und daraus folgern wollen, „pecuniae“ könne in den oben angeführten Stellen auch wol im Sinn von „Geldobligation“ gemeint sein. Dann würden diese Stellen zu der folgenden Gruppe gehören.

15) Es haben zwar sowol Anhänger als Gegner der herrschenden

Digitized by Google

rimit obligationem", L. 31 § 1 de novat. 46, 2: „perimi utrisque obligationem", L. 2 de duob. reis 45, 2: „tota solvitur obligatio", L. 6 § 3 eod.: „obligationi", „obligationem reorum", L. 19 eod.: „exemtus est obligatione", „cum persona liberatur manente obligatione", L. 9 § 1 eod.: „naturam obligationis, quae duos initio reos fecit"[16]), L. 62 pr. ad L. Falc. 35, 2: „dividi inter eos debere obligationem", L. 93 § 1 de solut. 46, 3: „confunditur obligatio", L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1: „confusa obligatione", „confusione obligationis", „duo rei eiusdem debiti", L. 116 de V. O. 45, 1: „duo rei eiusdem obligationis", L. 16 pr. de acceptil. 46, 4: „ex duobus pluribusque eiusdem obligationis participibus", L. 14 rat. rem hab. 46, 8: „eius-

---

Meinung gerade diesen Ausspruch dafür angeführt, daß die Römer bei Correalobligationen auch mitunter von plures obligationes reden. Vgl. z. B. Vangerow III S. 70, Kuntze S. 158 a. E. Allein Helmolt S. 160 Anm. hat mit Recht bemerkt, daß mit „utraque" hier nur eine Zusammenfassung der beiden im princ. besprochenen Arten der Correalobligation: der activen und passiven beabsichtigt ist. „Es lag zwar nicht in H.'s Interesse, die von ihm bekämpfte Unitäts-Theorie noch um eine Stelle zu bereichern, allein er musste doch der Wahrheit die Ehre lassen und seiner Ueberzeugung folgen."

16) Freilich heißt es in derselben Stelle kurz vorher: „non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio". Sollte nun wegen dieses Ausdruckes auch hier eine Obligationeneinheit anzunehmen sein?!

Digitized by Google

dem obligationis socius", L. 34 § 1 de solut. 46, 3: „obligatio communis."

Wenn wir nur diese und derartige Stellen hätten, so möchte in der That wenig dagegen einzuwenden sein. Allein bekanntlich fehlt es nicht an andern Stellen, die mit nicht minder großer Bestimmtheit und Unzweideutigkeit das Dasein einer Mehrheit von Obligationen auszusprechen scheinen. In L. 9 § 2 de duob. reis 45, 2 heißt es von „duobus reis promittendi": „nam etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cuiusque persona propria singulorum consistit obligatio"; ferner L. 3 pr. eod.: „pristinam obligationem durare et sequentem accedere", L. 128 de V. O. 45, 1: „quia non alterius nomine ei solvitur, sed suae obligationis, quae nulla est", L. 21 § 4 de fideiuss. 46, 1: „confusa prima obligatione posteriorem duraturam", L. 5 eod.[17]): „aliqua differentia est obligationum", „alteram per alteram perimi", „duae eiusdem sint potestatis", „duae obligationes in unius persona concurrant", „duas obligationes sustinet", „duas species obligationis"[18]), „obligationum duarum,

17) Offenbar muß man am Anfange dieser Stelle mit Kriegel interpungiren: „nec enim potest reperiri quae obligatio, quam perimat" und darf nicht, wie häufig geschieht, nach reperiri ein Komma sezen, weil sonst gar keine Construction der Stelle mehr möglich ist. Quae ist hier pronomen indefinitum und nicht pron. interrogativum.

18) Doch erfordert es die Unparteilichkeit zu erwähnen, daß

Digitized by Google

quas haberet," L. 13 de duob. reis 45, 2: „duas obligationes eum sustinere", „ubi quidem aliqua[19]) differentia obligationum esse possit", „alteram ab altera perimi", „eiusdem duae potestatis sint", „duas species obligationis", L. 93 § 2 de solut. 46, 3: „quotiens duae sint principales, altera alteri potius adiici ad actionem rel."

Will man nun nicht — wie dies allerdings einigen der bisherigen Schriftsteller nicht ganz fern zu liegen scheint — das Uebergewicht nach der Zal der in dem einen oder andern Sinne redenden Stellen bemessen, so wird man bei dieser Sachlage die Beziehung auf den Sprachgebrauch unserer Quellen als höchst mißlich bezeichnen müssen. Man kann auch nicht etwa das Verhältniß dahin bestimmen, daß wenigstens zur Entscheidung praktischer Fragen immer nur die eine Vorstellung benuzt worden sei, wonach denn diese allein die maßgebende, die andere auf einen nicht ganz scharfen Ausdruck zurückzuführen wäre; denn wir finden praktische Entscheidungen aus der einen wie aus der andern Vorstellung abgeleitet[20]). Und dies

---

Dworzak krit. Uebersch. IV S. 59 diesen Ausdruck, der sich hier und in L. 13 de duob. reis 45, 2 findet, vielmehr als Beweis für die Einheit der obligatio anführt.

19) So muß offenbar statt „altera" gelesen werden, wie schon Hugo a Porta bemerkt hat; vgl. auch Helmolt S. 39 Anm.

20) Man vgl. in dieser Hinsicht z. B.: § 1 I. h. t. 3, 16, L. 9 pr. de pactis 2, 14 (Paul.), L. 2 h. t. 45, 2 (Iavol.), L. 9 § 1 eod. (Papin.), L. 19 eod. (Pompon.), L. 71

Digitized by Google

geschieht von den nämlichen Juristen, so daß auch die Annahme von Meinungsverschiedenheiten, die etwa über jenen Punkt bestanden hätten, unthunlich ist. Ja wir begegnen sogar beiden Vorstellungen im Verlauf einer und derselben Stelle, worüber namentlich L. 3 pr. und § 1 h. t. 45, 2 (Ulp.), L. 9 § 1 und § 2 eod. (Papin.), L. 93 pr., § 1 und § 2 de solut. 46, 3 (Scaevola) zu vergleichen sind.

Unter diesen Umständen sage ich wol nicht zu viel, wenn ich behaupte, daß die Ausdrucksweise unserer Quellen zur Gewinnung irgendwelchen Ergebnisses durchaus unbrauchbar ist. Wir müssen daher ganz von derselben absehen und uns auf Rückschlüsse aus den einzelnen in den Quellen enthaltenen Entscheidungen ohne alle Rücksicht auf die angegebenen Entscheidungsgründe beschränken. Kurz wir sind in derselben Lage, in der wir uns so oft dem römischen Rechte gegenüber befinden; und wenn man sich so häufig — mitunter mehr als zu billigen — über den Ausdruck und die Entscheidungsgründe der Römer hinwegsezt, so ist es gewiß gerade hier, bei einem so zweischneidigen Verhältnisse, bei dem man einen festen und stets juristisch genauen Sprachgebrauch von vornherein

---

pr. de fideiuss. 46, 1 (Paul.), L. 31 § 1 de novat. 46, 2 (Venul.), L. 34 § 1 de solut. 46, 3 (Iulian.), L. 5. C. h. t. 8, 40 (Iustinian.) einerseits, — L. 128 de V. O. 45, 1 (Paul.), L. 9 § 2 h. t. (Papin.), L. 13 eod. (Venul.) L. 5 de fideius. 46, 1 (Ulp.), L. 21 § 4 eod. (Afric.), L. 93 § 2 de solut. 46 3, (Scaevola) andererseits.

Digitized by Google

kaum erwarten darf, am allerwenigsten am Orte, sich auf die Worte zu steifen. Ueberdies ist ja bekannt genug, in welch mannigfaltiger, wechselnder und schwankender Bedeutung besonders der Ausdruck obligatio auftritt [21]).

II. Nach innern Gründen.

§ 5.

Wenn wir nun ohne fernern Hinblick auf die Sprechweise der Quellen die herrschende Ansicht blos mit Rücksicht auf innere Gründe und die einzelnen quellenmäßigen Entscheidungen in's Auge fassen: so muß gewiß von vornherein wenigstens so viel zugestanden werden, daß dieselbe auf Natürlichkeit keinen besondern Anspruch machen kann. „Es lässt sich nicht leugnen", sagt Ribbentrop selbst (S. 14), „daß diese directe Beziehung derselben unge-

21) Vgl. oben Anm. 16. — Wenn man, wie mir dies unumgänglich scheint, die Annahme einer streng juristischen Sprechweise unserer Quellen fallen läßt, so dürfte sich überdies jener doppelte Sprachgebrauch unschwer erklären lassen, von welcher Ansicht über die Correalität man im übrigen auch ausgehen möge. Von plures obligationes zu reden lag nahe, weil mehrere Gläubiger oder Schuldner vorkommen, von una obligatio, weil das, was jeder zu fordern oder zu leisten hat, doch im ganzen nur einmal gefordert werden kann oder zu leisten ist, weil namentlich, wie bei einem einzigen Gläubiger oder Schuldner nur eine einmalige Klage auf das Ganze stattfinden konnte, und durch Litiscontestation von Seite eines correus credendi oder mit einem correus debendi das Forderungsrecht bezw. die Verpflichtung der übrigen aufgehoben wurde. S. übrigens auch unten § 23 bei Anm. 170.

Digitized by Google

teilten Obligation auf mehrere Gläubiger oder Schuldner, diese gleichzeitige Existenz derselben Forderung oder Verbindlichkeit in mehreren Personen etwas Befremdendes, dem Begriff der Obligation Widersprechendes zu haben scheint." Gerade von diesem Punkte, von der Behauptung der Unvereinbarkeit mit dem Wesen der obligatio sind denn auch die oben erwähnten Angriffe gegen die herrschende Meinung ausgegangen. Und wirklich, fasst man die obligatio so, wie man nach den Quellen zu thun geneigt ist[22]), als „ein Band zwischen zwei Personen, welches von der einen Seite betrachtet als Forderung, von der andern als Verbindlichkeit erscheint", m. a. W. als ein Rechtsverhältniß zwischen zwei Personen, wonach die eine der andern eine gewisse Leistung zu machen hat: so muß man jene Bedenken für vollkommen berechtigt erklären. Denn hienach ist der Begriff der obligatio ein rein subjectiver, so daß einer gegebenen obligatio dieser bestimmte Gläubiger und Schuldner durchaus wesentlich sind; — die obligatio kann nicht losgelöst von diesen bestimmten Subjecten gedacht werden, eben weil sie als bloses Verhältniß, blose rechtliche Beziehung zweier Personen gar kein objectives, von diesen Personen trennbares und selbständiges Dasein hat. Unter solchen Voraussezungen ist aber offenbar die Annahme einer Einheit der obligatio bei einer Mehrzal von Subjecten und die damit eng zusammenhängende Scheidung des objectiven Bestandes von der subjectiven Beziehung der obligatio unmöglich, weil beides eine Lostrennung

22) Vgl. pr. I. de oblig. 3, 13; L. 3 pr. de O. et A. 44. 7.

Digitized by Google

der obligatio von ihren Subjecten erheischen würde[22]), und jene Scheidung noch insbesondere deshalb, weil die obligatio eben nur in einer subjectiven Beziehung zwischen zwei Personen besteht.

Daß aber jenes wirklich die richtige Auffassung der obligatio sei, dafür scheint eine natürliche Anschauung, daß es namentlich die Auffassung des römischen Rechtes sei, dafür scheint außer den angeführten Stellen ganz besonders noch der Umstand zu sprechen, daß eine eigentliche Uebertragung der obligatio nicht möglich ist[24]). Auch

---

23) Vgl. Windscheid in der krit. Uebersch. VI S. 211, 219 f.; Kuntze S. 119.

24) So viel gibt selbst Windscheid zu (die Actio des röm. Civilrechts. Düsseld. 1856 S. 120), obgleich er im übrigen auf das entschiedenste behauptet, daß schon das röm. Recht eine wahre Singularsuccession in Obligationen (mittels Ueberganges der actio) anerkannt habe (bes. S. 146 ff.). Troz jener Einräumung stellt er jedoch in Abrede, daß die Römer den Begriff der obligatio in der angedeuteten subjectiven Weise gefasst, also die Person des bestimmten Gläubigers zum Wesen einer gegebenen obligatio gerechnet hätten (S. 161 ff.). Die Unübertragbarkeit der obligatio hätte blos im Mangel einer Uebertragungsform ihren Grund gehabt! (S. 164). Sollte es aber hier nicht näher liegen und natürlicher sein zu sagen: weil man eine Uebertragung nicht für möglich hielt, deshalb hatte man auch keine Uebertragungsform? Die Römer waren doch sonst nicht so beschränkt und erfindungsarm, daß sie, wo überdies ein dringendes Bedürfniß des Verkehrs vorlag, über den blosen Mangel einer Form nicht hätten hinwegkommen sollen. Zudem wurden sie aber in unserm Fall wirklich dem Verkehrsbedürfnisse gerecht, jedoch bekanntlich auf einem Umweg, wonach immer noch die obligatio selbst bei dem Uebertragenden zurückblieb. Warum nun, wenn „das Recht",

Digitized by Google

durfte denn noch Ribbentrop (S. 19) die Notwendigkeit, sich die obligatio in der angegebenen Weise zu denken, als eine ausgemachte Sache hinstellen.

Heutzutage möchte es allerdings schwerer sein zu sagen, was sich mit dem Wesen der obligatio vertrage und nicht vertrage, denn es gibt vielleicht im ganzen Gebiete der Rechtswissenschaft kaum einen zweiten Begriff, über den so verschiedene Ansichten bestehen, als gegenwärtig über den der obligatio. Man streitet lebhaft darüber, ob die obligatio ein Recht über eine Handlung, an einer Handlung oder

---

bezw. die Natur der obligatio keine innern Hindernisse entgegenstellte, verfuhr man hier nicht einfacher geradezu? Warum kam man nicht wenigstens allmählich, als die Sache längst praktisch so aufgefasst ward, dahin, nun auch theoretisch einen eigentlichen Uebergang der obligatio auf den Cessionar anzunehmen? Auf diese — doch gewiß naheliegenden — Fragen habe ich bei Windscheid vergebens eine Antwort gesucht. Auf die Analogie des dominium ex iure Quiritium und des in bonis darf man sich offenbar nicht berufen (Windsch. S. 119 f.); denn hier hatte man civile Uebertragungsformen, es war also natürlich, daß man nur durch diese eigentliches Eigentum übergehen ließ. Da es aber bei den Obligationen blos an einer Uebertragungsform gefehlt haben soll, so trat man, wenn man später über eine Form übereinkam, mit „dem Recht" ja gar nicht, wie im vorigen Fall, in Widerstreit. Man sollte also eher etwas Aehnliches, wie bei den res nec mancipi erwarten. Für ganz unpassend muß ich die Herbeiziehung des Unterschiedes von hereditas und bonorum possessio halten, denn selbst für „das Gericht" (d. h. praktisch) schloß der B. Possor den heres unstreitig nicht in allen Fällen vollständig aus (Vgl. z. B. Gai. II. § 119 — 122).

aber auf eine Handlung sei[25]), wogegen denn freilich auch wieder behauptet worden ist, daß es sich bei der obligatio gar nicht unmittelbar und eigentlich um eine Handlung drehe, sondern um den Sach- oder Geldwert, den diese Handlung habe. Die verheißene Handlung „bestimme einerseits und zunächst nur den Modus der Erfüllung, die Art und Weise, wie der Debitor den Sachwert in das Vermögen des Gläubigers bringen solle, andererseits sei sie der Maßstab für die Größe des Sachwertes, wo die verabredete Erfüllungsart, ohne den Schuldner zu liberiren, wegfalle"[26]). Die Einen halten die Person des bestimmten Gläubigers oder Schuldners nicht für wesentlich zum Dasein einer bestimmten, gegebenen obligatio, so daß diese ohne Wesensveränderung einen Wechsel der Subjecte überdauern könnte[27]). Von anderer Seite[28]) ist nun auch der Inhalt (der „Vermögensstoff") der obligatio für unwesentlich erklärt worden, so daß auch dieser wechseln könnte, ohne das Wesen der betreffenden obligatio zu beeinträchtigen[29]). Es

25) Vgl. Windscheid die Actio S. 156.

26) Köppen die Erbschaft (Berl. 1856) S. 14.

27) Windscheid die Actio z. B. S. 152, 160, 208; Köppen S. 17 ff.

28) Kuntze S. 139 ff. bes. S. 143 ff.

29) Kuntze S. 143: „Der Vermögensstoff steht daher keineswegs in demselben logischen Zusammenhange mit der Obligation, wie deren Subject oder Object; er verhält sich vielmehr civilistisch indifferent zu der Individualität der Obligation oder des obligatorischen Objectes: der Handlung; d. h. die Handlung verliert nicht ihren Charakter, mögen auch die verschiedensten Combinationen ihres Inhaltes auftreten." (! ?)

Digitized by Google

fehlt nur noch, daß Jemand die beiden Ansichten combinire, und man darf billig fragen, was dann als wesentlich für eine bestimmte obligatio eigentlich noch übrig bleibt.

§ 6.

Bei der geschilderten Lage der Sache wäre es ein ganz vergebliches Bemühen, entscheiden zu wollen, ob sich die gewöhnliche Auffassung des Correalverhältnisses mit dem Begriff der obligatio vereinigen lasse oder nicht. Jedenfalls bedürfte es dazu vorerst einer eingehenden Untersuchung über diesen Begriff, wofür ich gegenwärtig weder Muße noch Neigung habe. Ich lasse daher diesen Punkt auf sich beruhen; nur so viel will ich bemerken, daß auch mit jenen neuesten Ansichten über obligatio, wenngleich danach die herrschende Begriffsbestimmung der Correalität nicht mehr geradezu unmöglich erscheint, doch noch keineswegs alle Bedenken gehoben sind. Sehen wir, wie z. B. Windscheid die gedachte Begriffsbestimmung zu rechtfertigen sucht! Wolle man, sagt er [30]), das Verhältniß des Rechtes zu seinem Subjecte bestimmen, so gehe man am besten von dem einfachsten Fall aus, dem, wo das Recht Einem Subjecte, und zwar einem einzelnen Menschen zustehe. Unter Recht (im s. g. subjectiven Sinn) verstehe man aber eine von der Rechtsordnung anerkannte Willensherrschaft, ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollen-Dürfen. Nun sei es aber für das Bestehen eines Rechtes offenbar nicht erforderlich,

30) Krit. Ueberschau VI S. 219 f.

Digitized by Google

daß der Mensch, der als Subject desselben bezeichnet werde, dasjenige, was kraft des Rechtes gewollt werden dürfe, selbst wollen könne. Menschen, die aus zufälligen Gründen willensunfähig, seien deswegen nicht weniger rechtsfähig. Das Verhältniß des Rechtes zu seinem Subjecte sei also ersichtlich nicht das, daß das Subject den Inhalt des Rechtes wollen dürfe, sondern man müsse es so fassen: Subject eines Rechtes sei dasjenige Etwas, um dessentwillen, für welches das von der Rechtsordnung verliehene Wollendürfen vorhanden sei. Hienach lasse sich nun aber nicht absehen, weswegen ein Recht nicht auch mehreren Subjecten sollte zustehen können. Wenn man dies dem Begriff des Rechtes widersprechend finden wollte, so müsste man auch beim Miteigentum jedem der Miteigentümer ein besonderes Eigentumsrecht zuschreiben. Dies würde aber durchaus irrig sein; denn wenn auch den Miteigentümern Teile zugeschrieben würden, so bezögen sich dieselben doch weder auf das Recht, welches Teilung nicht vertrage, noch auf die Sache, welche eben nicht geteilt sei; es seien gedachte Teile, welche das Maß des Anspruchs eines jeden Berechtigten auf den Vermögenswert der Sache bezeichneten. Und bei Prädialservituten sei von Teilung überhaupt keine Rede; Niemand aber zweifle daran, daß, wenn das herrschende Grundstück mehrere Eigentümer habe, sowol jeder derselben servitutberechtigt, als nur Eine Servitut vorhanden sei. Das Recht habe blos dafür zu sorgen, daß, wenn es Mehreren ein und dasselbe Recht zuschreibe, es dies nicht in einer Weise thue, daß dadurch ein Conflict zwischen

Digitized by Google

den mehreren Berechtigten entstehe. Deswegen sei bestimmt, daß das Eigentum, welches die ausschließende Herrschaft über die Sache gebe, nur durch den übereinstimmenden Willen der mehreren Berechtigten ausgeübt werden könne, während dadurch, daß z. B. Einer über ein Grundstück gehe, er den Andern nicht hindere, auch seinerseits über dasselbe zu gehen, und daher bei Servituten jedem Berechtigten die volle Ausübung gestattet werden dürfe. Bei Obligationen aber sei der Conflict zwischen den mehreren Berechtigten dadurch vermieden, daß durch die Forderung (Klage) des einen Berechtigten das Recht ausschließlich an seine Person geknüpft werde. — Was hier in Betreff obligatorischer Berechtigungen ausgeführt worden, sei auf obligatorische Verpflichtungen leicht zu übertragen.

Soweit Windscheid. Bezüglich dieser Ausführung dürfte aber abgesehen davon, daß nicht jedes Recht und daß namentlich die obligatio nicht in einer Willensherrschaft besteht[31]), folgendes zu bemerken sein:

---

31) Daß der Kern jedes Rechtes in eine Willensherrschaft zu sezen, ist zwar heutzutage eine ganz allgemeine, aber deshalb nicht minder eine durchaus willkürliche, rein aprioristische und unhaltbare Annahme, die blos auf unstatthafter Verallgemeinerung dessen beruht, was lediglich für die Sachen= und Potestätsrechte richtig ist. Namentlich die Familienrechte wollen in jenes Schema schlechterdings nicht passen. Daß die Eltern eine Herrschaft über die Kinder, der Mann eine Herrschaft über die Frau habe, lässt man sich gefallen; daß aber die Kinder auch über die Eltern, die Frau über den Mann herrschen soll („Und er soll Dein Herr sein!"), damit wird sich ein Unbefangener schwerlich jemals befreunden können.

Digitized by Google

1) Wenn man auch einräumen will, was doch wol selbst des Beweises noch gar sehr bedürftig sein möchte,

---

Ueberhaupt ist, wie ich meinen sollte, die Herrschaft ihrem Begriff nach immer etwas Einseitiges. Meines Wissens hat denn auch außer Puchta, dem vor keiner Consequenz zurückbebenden, (und allenfalls Böcking Pand. § 29), noch Niemand den Begriff der Willensherrschaft in Betreff der Familienrechte folgerecht festgehalten. (Vgl. z. B. die Wendung bei Savigny Syst. I S. 340 ff. und Arndts Pand. § 22 (bes. in der 3. Aufl.) — Daß insbesondere die obligatio nicht als eine Willensherrschaft definirt werden dürfe, ergibt sich meines Erachtens unwidersprechlich aus den folgenden einfachen Bemerkungen: 1) Als Herrschaft über oder an fremden Handlungen lässt sie sich nicht fassen, weil nur dasjenige Gegenstand einer Herrschaft sein kann, was einen objectiven und dauernden Bestand hat (vgl. Brinz krit. Bl. III S. 3 f., Girtanner in den Jahrb. v. Gerber und Ihering III S. 63. Was Kuntze S. 5 dagegen vorgebracht hat, dient mehr zur Bestärkung als zur Widerlegung). Vielleicht möchte man einwenden, daß die Handlung nur insofern dem fremden Willen unterworfen zu denken sei, als sie einen Vermögenswert habe oder eine Schäzung in Geld zulasse. (Vgl. Savigny Obl. I S. 9, Puchta Inst. III S. 3, Vorles. II § 219 S. 5, Kuntze S. 7.). Allein dies wäre eine ganz unstatthafte Vermengung des juristischen Standpunktes mit dem ökonomischen (worin ein neuerer Schriftsteller die Anschauung des „germanischen Rechtes" gefunden hat!). Von dem leztern erscheint allerdings die Forderung und Schuld als bloser positiver und negativer Sachwert, aber es ist nicht zu vergessen, daß es für die ökonomische Anschauung auch ein „Eigentum" an Forderungen gibt. (Eine einfache Auseinanderhaltung der gedachten beiden Gebiete möchte die Lehre von der Singularsuccession bei Obligationen leichtlich mehr fördern als alles, was seit Jahren darüber geschrieben worden ist.) 2) Die obligatio darf aber auch nicht als Herr-

daß wir im Miteigentum das Beispiel eines Rechtes hätten, welches sich ungeteilt auf mehrere Subjecte bezöge: so scheint doch gerade der Vergleich mit dem Miteigentum der herrschenden Auffassung des Correalverhältnisses nicht

---

schaft über einen fremden Willen gedacht werden, weil daraus mit Notwendigkeit folgen würde, daß der Gläubiger die schuldige Handlung durch unmittelbare Anwendung von Eigenmacht müsste erzwingen können. Ich weiß wenigstens nicht, wie diese Consequenz zu umgehen wäre. Wenn man den Gläubiger auf eine gerichtliche Klage verweist, so erkennt man damit stillschweigend an, daß er keine Herrschaft über den Schuldner habe, sondern daß diese Herrschaft nur dem Staate zustehe. 3) Wenn die obligatio eine Herrschaft ist, wie erklären sich dann die naturales obligationes? Das wäre doch eine seltsame Art von Herrschaft, welche sich so gut wie gar nicht geltend machen könnte, sondern wesentlich auf den guten Willen des Beherrschten angewiesen wäre! Die Bemerkung wird um so treffender und, wie mir dünkt, unabweisbar treffend, wenn man, wie Savigny (Obl. I S. 51 und 100 ff.), auch naturales obligationes annimmt, deren Wirkung allein in der soluti retentio besteht, bei denen also in der That der Gläubiger rein und blos auf den guten Willen des Schuldners verwiesen ist. (Daß alle diese Schwierigkeiten für die oben (bei Anm. 22) erwähnte Auffassung wegfallen, bedarf kaum einer Bemerkung). — Man wird mir vielleicht vorwerfen, daß ich es mit den Worten zu streng nehme. Wenn man das Recht als eine Willensherrschaft auffasse, so meine man ja nur damit, daß der Berechtigte nach der Rechtsordnung etwas wollen dürfe. Allein zwischen blosem „Wollendürfen" und „Herrschaft" ist, so weit ich sehen kann, noch ein sehr großer Unterschied. Warum also, wenn man nur jenes bezeichnen will, bedient man sich des Ausdruckes „Herrschaft"? und warum streitet man, ob die obligatio eine Herrschaft über

Digitized by Google

sehr günstig zu sein. Denn jedem Miteigentümer wird eben doch nur ein bestimmter Bruchteil zugeschrieben; nur diesen Teil kann er vindiciren, nur darüber kann er einseitig verfügen. Verfügungen, welche die ganze Sache betreffen, können nur von allen gemeinsam ausgehen. Aehnliches sollte man daher auch bei der (activen) Correalobligation erwarten. Allein hier wird jeder Correalgläubiger als Subject der ganzen obligatio betrachtet; jeder kann das Ganze einfordern, als ob er der alleinige Gläubiger wäre, jeder kann für sich allein über die ganze obligatio (z. B. durch Novation, Acceptilation) verfügen. Die einzige Analogie, die hier zutreffend sein würde, wäre offenbar nicht die des Miteigentums, sondern nur die eines dominium plurium in solidum. So wenig ein solches möglich ist, so wenig, sollte man meinen, könnte eine solidarische Beziehung derselben ungeteilten obligatio auf mehrere Subjecte statthaft sein[32]). Auch durch die Herbeiziehung der Prädialservituten scheint mir nichts gewonnen. Denn vor allem handelt es sich bei ihnen um einen vollkommen unteilbaren Gegenstand, während die Correalobligationen gewöhnlich auf Geld, also auf eine vollkommen teilbare Leistung gehen. Ueberdies wäre eine wahre Analogie erst dann zuzugeben, wenn jeder von mehreren Miteigentümern des

---

eine fremde Handlung oder einen fremden Willen sei? Dann sage man doch lieber, wie die Früheren, in einfachverständlicher Weise: Recht (im subj. Sinn) ist jede von dem Recht im obj. Sinn anerkannte Befugniß.

32) Vgl. auch Kuntze S. 119.

Digitized by Google

herrschenden Grundstücks einseitig über die Servitut verfügen, sie namentlich einseitig aufgeben könnte, was doch wol Windscheid selbst nicht wird behaupten wollen.

Windscheid hat nun allerdings einen Versuch gemacht, den Unterschied der eben erwähnten drei Fälle aus deren Natur zu erklären. Die Rechtsordnung, welche Mehreren ein und dasselbe Recht zuschreibe, habe blos dafür zu sorgen, daß sie dies nicht in einer Weise thue, welche einen Conflict zwischen den mehreren Berechtigten bewirke. Dies geschehe nun bei den einzelnen Rechten, je nach deren Verschiedenheit, in verschiedener Weise. Beim Eigentum sei deshalb vorgeschrieben, daß es nur durch den übereinstimmenden Willen der mehreren Berechtigten ausgeübt werden könne, während man bei Servituten jedem die volle Ausübung gestatten dürfe, indem dadurch die übrigen an der gleichen Ausübung nicht gehindert würden. Bei Obligationen aber sei der Conflict dadurch vermieden, daß durch die Klage des einen Berechtigten das Recht ausschließlich an seine Person geknüpft werde. — Allein diese Begründung wird sich schwerlich Anhänger verschaffen. Vor allem ist es nicht richtig, daß das (Mit-) Eigentum überall nur durch den übereinstimmenden Willen der mehreren Berechtigten ausgeübt werden könnte, während bei Servituten jedem in allen Stücken die volle Ausübung gestattet wäre. Die einem Grundstücke zustehende Servitut kann nur von dessen sämmtlichen Miteigentümern gemeinsam aufgegeben werden; umgekehrt darf aber z. B. jeder Miteigentümer gewiß auch ohne Einwilligung der übrigen

Digitized by Google

über das gemeinsame Grundstück gehen. Ferner aber ist nicht abzusehen, warum man zur Hebung des Conflictes beim Eigentum in dieser, bei Obligationen in einer andern Weise hätte verfahren müssen. Man sollte meinen, die Grundsäze des Miteigentums hätten sich sehr gut auch auf die obligatio übertragen lassen, und wären sogar viel natürlicher gewesen als die Grundsäze der Correalität. Oder umgekehrt, wenn sich bei Obligationen der Conflict dadurch heben ließ, daß die von einem Berechtigten getroffenen Verfügungen auch für die andern maßgebend und bindend waren, so hätte sich dieser Ausweg (Prior tempore potior iure) ersichtlich auch beim Eigentum dargeboten. Einen innern Grund für die verschiedene Behandlung habe ich wenigstens nicht entdecken können.

2) Der Windscheid'schen Ausführung tritt aber noch ein sehr gewichtiger Umstand entgegen. Wenn es Rechte mit mehreren Subjecten gibt, wenn namentlich beim Miteigentum ein Recht anzuerkennen ist, welches ungeteilt mehreren Subjecten zusteht: so darf man doch wenigstens mit Fug zweifeln, ob gerade bei Obligationen das römische Recht eine solche Einheit des Rechtes bei Mehrheit der Subjecte für statthaft gehalten. Der Zweifelsgrund ist dieser: Wenn Jemand stirbt mit Hinterlassung mehrerer Erben, so werden diese bekanntlich Miteigentümer der einzelnen im Nachlaß befindlichen Sachen; die Erbschaftsforderungen dagegen spalten sich von selbst in so viel einzelne, forthin ganz selbständige Obligationen, als Miterben da sind. Hätte nun das römische Recht wirklich eine Einheit der obligatio bei Mehrheit der Subjecte für mög-

Digitized by Google

lich erachtet, so sollte man doch gewiß erwarten, daß es bei Forderungen, wie beim Eigentum verfahren wäre, daß es das bisher Einfache einfach gelassen hätte, um so mehr, als eine derartige Spaltung einer obligatio in mehrere manches theoretisch und praktisch Bedenkliche zu haben scheint. Wenn man dennoch die obligatio in mehrere auflöste, so möchte das fast zu dem Schlusse führen, daß man bei Obligationen eine Einheit des Rechtes mit einer Mehrzal von Subjecten eben nicht für vereinbar ansah, daß man überhaupt das Subject bei Obligationen nicht für so gleichgültig hielt, als Windscheid meint. Das römische Recht scheint vielmehr von folgender natürlichen Anschauung ausgegangen zu sein: Wenn Eine Person berechtigt und verpflichtet ist, so ist Eine obligatio vorhanden. Wird aber der Gläubiger oder Schuldner von Mehreren beerbt, so sind jezt Mehrere berechtigt oder verpflichtet, und damit sind mehrere Obligationen entstanden. Dies auf die Correalobligation angewandt ist nun gewiß der herrschenden Ansicht nicht sehr günstig; denn man scheint danach offenbar sagen zu müssen: Wenn Jeder von Mehreren zu derselben, jedoch im ganzen nur einmal geschuldeten Leistung berechtigt oder verpflichtet ist, so besteht dennoch immer für jeden eine besondere obligatio, wie dies denn schon für manche Fälle solcher Art (für die Fälle der bloßen Solidarität) zweifellos feststeht.

Es bedarf wol keiner weitern Erörterungen mehr um zu zeigen, daß doch auch mit jenen neuesten Auffassungen der obligatio noch keineswegs alle Schwierigkeiten verschwinden. Zum mindesten bleibt auch für sie die Correal-

Digitized by Google

obligation nach dem herrschenden Begriff, wenn keine Unmöglichkeit mehr, so doch eine höchst sonderbare Erscheinung, welche immer wieder die Frage aufdrängt, warum hier eine einheitliche obligatio, und warum hat man nicht, wie bei der blosen Solidarität, eben so viele Obligationen als Subjecte angenommen?

§ 7.

Als Ergebniß der vorstehenden Betrachtungen dürfte sich jedenfalls so viel hinstellen lassen, daß es unter allen Umständen, und mag man über die obligatio denken wie man will, wünschenswert sein würde, für die Correalität eine Formel zu finden, welche uns der Unterscheidung des objectiven Bestandes von der subjectiven Beziehung überhöbe und das Verhältniß auf einen einfacheren und natürlicheren Ausdruck zurückführte.

Dazu kommt, daß jene Unterscheidung in der That nicht im Stande ist zu leisten, was sie leisten soll. Sie ist hauptsächlich aufgestellt worden, um zu erklären, warum manche Aufhebungsthatsachen für sämmtliche rei, andere nur für den einzelnen reus wirken, in dessen Person sie sich ereignet haben. Im Sinne Keller's, der sie bekanntlich mit dem Unterschiede zwischen exceptiones rei und personae cohaerentes in Verbindung brachte, war sie dazu auch vollkommen fähig, und Keller konnte es daher wirklich als „eine sehr einfache Regel" bezeichnen, „daß alle Schicksale, welche den objectiven Bestand der Obligation selbst treffen, dem Einen wie dem Andern zu gute kommen, diejenigen aber, welche blos auf

Digitized by Google

die Persönlichkeit Eines von ihnen wirken, die Substanz der Obligation aber nicht berühren, auch nicht über diese Person hinaus auf die andere Einfluß haben sollen", indem er ja unmittelbar zur Erläuterung beifügt: „mit andern Worten und etwas weniger vollständig ausgedrückt: Die Exceptiones in rem kommen Allen zu gut, die Exceptiones quae personae cohaerent nur dem Einzelnen, in dessen Person sie begründet sind, und umgekehrt." [33]) Man konnte hier allerdings wieder fragen, ob eine gewisse exceptio und warum dieselbe rei oder blos personae cohaerens sei, aber die Frage war doch wenigstens auf ein anderes Gebiet hinübergespielt, und es war für die praktische Behandlung ein brauchbarer Anhaltspunkt gegeben. Seit nun aber Ribbentrop [34]) den Mangel alles Zusammenhanges zwischen der gedachten Einteilung der exceptiones und der Unterscheidung des objectiven Bestandes von der subjectiven Beziehung der obligatio nachgewiesen, hat diese Unterscheidung alle ihr von Keller (und in seinem Sinn mit Recht) beigelegte Leistungsfähigkeit eingebüßt. Nicht nur gibt sie jezt keinen Aufschluß mehr darüber, welche Erlöschungsgründe objectiv, welche blos subjectiv wirken, wie dies denn auch schon öfter bemerkt worden ist [35]), sondern sie ist nicht einmal mehr im Stande, diese Verschiedenheit in der Wirkung der Erlöschungsgründe irgend zu erklären.

33) Vgl. Keller Litiscontestation S. 447.

34) Correalobligationen S. 23 Anm. 2, S. 26 Anm. 5.

35) Vgl. Savigny Obl. I S. 162 Not. g; Windscheid Krit. Uebersch. VI S. 224.

Digitized by Google

Die Sache steht in der That jezt eigentlich so: Man findet, daß bei Correalobligationen manche Aufhebungsthatsachen nur für den einzelnen reus wirken, in dessen Person sie eingetreten sind; folglich, sagt man, gibt es Erlöschungsgründe, welche nur die subjective Beziehung des Schuldners oder Gläubigers zu der obligatio durchschneiden, welche nur den Schuldner befreien, ohne daß die obligatio selbst und unmittelbar (ihrem objectiven Bestande nach) aufgehoben wird [36]). Weil aber, so wird dann wieder umgekehrt gefolgert, weil gewisse Erlöschungsgründe nur den Schuldner befreien, ohne daß die obligatio selbst in ihrem objectiven Bestande aufgehoben wird, so können dieselben bei Correalobligationen natürlich nur für den einzelnen reus wirken, in dessen Person sie sich ereignen, während die obligatio, mit der selbst ja gar nichts vorgenommen worden ist, für die übrigen bestehen bleibt [37]). Das heißt doch im Grunde genommen sagen: Gewisse Aufhebungsthatsachen wirken blos subjectiv, weil — sie blos subjectiv wirken!! [38])

---

36) Daß die in einigen Lehrbüchern (vgl. Puchta Pand. § 286, Arndts Pand. § 260) vorkommende Kategorie von Befreiungsgründen der angegebenen Art blos mit Rücksicht auf die Correalobligation aufgestellt und rein vom verschiedenen Verhalten der Erlöschungsgründe bei dieser abstrahirt ist, wird wol Niemand leugnen wollen, wird überdies von den betreffenden Schriftstellern selbst offen zugegeben.

37) Vgl. z. B. Puchta § 286 mit § 235 bei Note 1 und Vorles. dazu (Bd. II S. 34); Arndts § 260 mit § 213 bei Note g.

38) S. auch Brinz Krit. Blätter IV S. 5. Brinz selbst macht S. 30 ff. einen neuen Erklärungsversuch, der jedoch kaum

Digitized by Google

Dies haben denn auch manche Anhänger der herrschenden Meinung selbst gefühlt, und Savigny berührt daher die Unterscheidung des objectiven Bestandes und der subjectiven Beziehung nur in einer Note und begnügt sich seinerseits damit, von jeder Regel absehend, für jede einzelne Aufhebungsthatsache die Art und Weise ihrer Wirkung auf Correalverhältnisse nach den Quellen anzugeben[39]). Windscheid aber, der übrigens auf den Punkt nicht näher eingeht, bemerkt, daß die Frage, wie jede Aufhebungsthatsache bei Correalobligationen und warum sie so wirke, die

---

befriedigend genannt werden kann. — Nach dem Gedanken, welchen Keller mit der Unterscheidung des objectiven Bestandes von der subjectiven Beziehung verknüpfte, stand es, wie gesagt, in beider Hinsicht anders. Es ist daher nicht gerechtfertigt, wenn Kuntze S. 119 der Keller-Ribbentrop'schen Auffassung vorwirft, was nur der Ribbentrop'schen vorzuwerfen ist. Jenem Keller'schen Gedanken mochte man vorwerfen, was Ribbentrop m. E. mit Recht gethan hat, daß er nicht richtig sei; wenn man aber seine Richtigkeit zugab, so musste man auch einräumen, daß die gemachte Unterscheidung in dem Sinn, in welchem sie gemeint war, in der That allen Anforderungen entspreche. Indem Ribbentrop jene Unterscheidung von der Verbindung mit den exceptiones rei und personae cohaerentes ablöste, hatte er ihr in der That ihr ganzes Fundament entzogen. Die Unterscheidung war zwar dem Wortlaut nach dieselbe geblieben, dem Wesen nach aber eine ganz andere geworden. Wenn ein so scharfsinniger Denker, wie Ribbentrop, dies ganz übersehen zu haben scheint, so kann ich die Erklärung nur darin finden, daß es ihm nicht sowol um eine Untersuchung über das Wesen der Correalobligation, als um den Nachweis zu thun war, daß von derselben die blose Solidarität unterschieden werden müsse.

39) Savigny Obl. I S. 162 ff.

Digitized by Google

Natur der einzelnen Aufhebungsthatsachen angehe und nicht die Natur der Correalobligation [40]). Damit sehen wir uns nun auf ein anderes, das eigentlich entscheidende Gebiet verwiesen, welches wir denn auch nunmehr zu betreten haben, Wir werden also die Art der Wirkung in's Auge fassen müssen, welche unsere Quellen den einzelnen Erlöschungsgründen der Obligationen bei Correalverhältnissen zuschreiben, und es wird sich dann mit Rücksicht auf die Natur und sonstige Wirkung der betreffenden Aufhebungsgründe fragen: Verträgt sich jene Art der Wirkung mit der herrschenden Auffassung der Correalobligationen? Ich will aber die Frage gleich noch weiter dahin stellen: Sind alle einzelnen nach den Quellen bei Correalobligationen eintretenden Erscheinungen mit der gewöhnlichen Ansicht von deren Natur vereinbar? Im Bejahungsfalle würde sich die weitere Frage ergeben: Sind sie nur mit ihr vereinbar? Wir werden übrigens kaum in den Fall kommen, diese zweite Frage zu erheben.

III. Nach den Entscheidungen der Quellen.

1) Günstig scheinende Entscheidungen.

§ 8.

Indem ich mich nun anschicke, die herrschende Ansicht an den einzelnen Entscheidungen unserer Quellen zu prüfen, will ich, um ganz unparteiisch zu Werke zu gehen, zuvörderst die Aussprüche berühren, worauf man sich zu

40) Krit. Ueberschau VI S. 224.

Digitized by Google

deren Gunsten zu berufen pflegt; erst an zweiter Stelle sollen dann auch diejenigen besprochen werden, welche man gegen sie geltend machen kann. Auf den Sprachgebrauch der Quellen nehme ich, um dies wiederholt zu bemerken, überall keine Rücksicht mehr.

Für die herrschende Meinung kann man nun natürlich noch nicht anführen, daß jeder Correalgläubiger das Ganze fordern, von jedem Correalschuldner das Ganze gefordert werden kann, und daß die Leistung an einen der Correalgläubiger oder von einem der Correalschuldner die Berechtigung oder Verpflichtung sämmtlicher correi aufhebt. Denn diese Säze sind ja auch mit einer Mehrheit von Obligationen vereinbar und kommen bei der blosen Solidarität ganz in gleicher Weise vor. Dagegen hebt man hervor erstens, daß Acceptilation von Seite eines correus credendi oder gegenüber einem correus debendi immer auch für alle übrigen wirke. Der Saz selbst ist unbezweifelbar [41]), allein die herrschende Ansicht wird darin

---

41) Allgemein L. 2 h. t. 45, 2; für correi credendi insbesondere: L. 13 § 12 de acceptil. 46, 4 — L. 31 § 1 de novat. 46, 2, vgl. auch Gai. III, 215; für correi debendi insbesondere: L. 16 pr. de acceptil. 46, 4 — L. 82 § 5 de legat. I (30) — L. 12 § 3 de inoff. test. 5, 2 — L. 3 § 3, L. 29 de liber. leg. 34, 3 (die leztgenannte, interessante Stelle (s. Keller Litiscontestation S. 454 ff.) möchte auch für die Regreßfrage von Bedeutung sein, wofür sie meines Wissens noch nicht benuzt worden ist — und zwar dürfte sie für die herrschende Ansicht sprechen). Eine merkwürdige, übrigens von selbst begreifliche Ausnahme s. in L. 5 § 1 de don. int. V. et U. 24, 1.

Digitized by Google

schwerlich eine große Stüze finden können. Denn jene Wirkung der acceptilatio scheint mir nicht auf der Einheit der obligatio zu beruhen, sondern darauf, daß die acceptilatio in ihrer Wirkung ganz der solutio gleichsteht, weshalb denn meine Meinung ist, daß auch bei bloser Solidarität die mit einem der Schuldner vorgenommene Acceptilation allen Schuldnern zu Statten kommen müsse. Wenn man nämlich berücksichtigt, wie oft und wie so ganz stetig die acceptilatio der solutio gleichgesezt wird, und daß dadurch vielfache praktische Entscheidungen gerechtfertigt werden[42]), wenn man ferner die gewöhnliche Formel der acceptilatio (Habesne acceptum? Habeo) beachtet[43]), und wenn man endlich bedenkt, daß Gaius nicht nur die acceptilatio im unmittelbaren Anschluß an die solutio behandelt, sondern dieselbe geradezu (III, 169, 170) eine „imaginaria solutio" nennt[44]): — wenn man alles dieses erwägt, so wird man doch wol die gewöhnliche Meinung, wonach die acceptilatio von vornherein ein Erlaßvertrag, d. h. zur Tilgung von Obligationen ohne deren Erfüllung bestimmt gewesen wäre, aufgeben

---

42) Vgl. L. 5 (solutionis exemplo acceptilatio solet liberare), L. 16 pr. (velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est) de acceptil. 46, 4; — L. 7 § 1 de lib. leg. 34, 3 (acceptilatio solutioni comparatur). — L. 13 § 4 de acceptil., vgl. § 7 eod. — § 1 fin. I. qu. mod. obl. toll. 3, 29.

43) Gai. III §. 169, — § 1, 2 I. l. c. 3, 29 — L. 6 § 4 fin., L. 9, 15, 18 § 1 de acceptil. 46, 4, vgl. jedoch L. 7 eod.

44) Vgl. auch § 1 I. cit. 3, 29.

Digitized by Google

und sich vielmehr zu folgender Ansicht bekennen müssen. Die acceptilatio ist ursprünglich nichts weiter als ein förmliches, durch mündliche Antwort auf mündliche Frage erklärtes Bekenntniß des Empfanges der schuldigen Leistung, ein Empfangsbekenntniß, welches aber eben wegen seiner formellen Natur unbedingt beweist, so daß der Richter, wenn nur eine acceptilatio bewiesen werden kann, die Zalung ohne weiteres als geschehen anerkennen muß und eine Gegenbeweisführung nicht statthaft ist[45]). Die acceptilatio ist also m. a. W. eine solenne Quittung, welche sich von einer gewöhnlichen Quittung nur dadurch unterscheidet, daß bei lezterer Gegenbeweis zuläßig ist, bei der acceptilatio nicht. Die Richtigkeit dieses Sazes wird aber nicht nur durch den Ausschluß von Bedingungen und Zeitbestimmungen bei der acceptilatio bestätigt[46]), welcher bei einem blosen Erlaßvertrage ganz unbegreiflich wäre und überdies (in L. 5 de acceptil.) geradezu darauf zurückgeführt wird, daß „solutionis exemplo acce-

45) Es ist in der That ganz dieselbe Erscheinung wie bei andern Formalgeschäften, wie namentlich bei der stipulatio. Der iudex, dem eine stipulatio bewiesen wird, muß unbedingt, und ohne das wirkliche, materielle Verhältniß zu untersuchen, annehmen, daß der Beklagte schuldig sei, was natürlich dadurch nicht widerlegt, sondern vielmehr bestätigt wird, daß der Beklagte mitunter aus Rücksicht auf das materielle Verhältniß eine exceptio erhält (Vgl. Gai. IV, 116 a). — Ähnliche Erscheinungen begegnen uns auch im heutigen Wechselrecht.

46) L. 77 de R. I. 50, 17 vgl. fragm. Vat. § 329, — L. 4, 5 de acceptil. 46, 4. S. auch Fitting im Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 342.

Digitized by Google

ptilatio solet liberare", sondern zu allem Ueberflusse wird auch jener Saz von Ulpian mit dürren Worten und fast genau in der obigen Fassung ausgesprochen:

L. 19 § 1 de acceptil. 46, 4 (Ulp. l. 2 Regul.): — Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit [47]).

Vermutlich wurde denn auch die acceptilatio häufig ganz nach der geschilderten ursprünglichen Bedeutung gebraucht, um sich eine unbedingt beweisende Quittung zu verschaffen. Allein eben wegen dieser unbedingten Beweiskraft, und weil gar nicht mehr weiter untersucht ward, ob die Zalung wirklich erfolgt, konnte man sich nun der acceptilatio auch bedienen, um den (Stipulations-) Schuldner ohne Zalung zu befreien; ob Schenkungshalber oder aus sonst einem Grunde, war dann wieder gleichgültig [48]).

---

47) Eine vollkommene Analogie gewährt uns Gai. III, 131 im Unterschiede der nomina transcripticia und arcaria. — Mit L. 19 § 1 cit. würde eine Stelle von Seneca (de benefic. VI, 5 § 2) zu verbinden sein, wenn man dieselbe, wie gewöhnlich geschieht (vgl. Kuntze S. 179, Böcking ad Gai. III § 169), auf die acceptilatio beziehen dürfte: Nam et pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, quamvis non intervenerint nummi, sed delegatione et verbis perfecta solutio sit. Jedoch ist es mir mehr als wahrscheinlich, daß sich dies „verbis" auch nur auf die delegatio bezieht. Es paßt darauf offenbar vollkommen gut, und nach dem ganzen Zusammenhang wäre hier eine Erwähnung der acceptilatio nicht wol zu begreifen.

48) Es ist ganz dasselbe Verhältniß, als wenn etwa eine moderne

Digitized by Google

So war denn allerdings die Acceptilation zu einer Geschäftsform geworden, die in verschiedenem Sinn und zu verschiedenen Zwecken gebraucht werden konnte[49]). Es ist sogar einzuräumen und hängt vielleicht mit historischen Gründen zusammen[50]), daß der uneigentliche Gebrauch

---

Gesezgebung bestimmte, eine schriftliche Quittung beweise unbedingt und ohne Gegenbeweis (wie dies ja von Vielen selbst für das gemeine Recht nach Ablauf von 30 Tagen behauptet wird). Dann könnte man die Ausstellung einer solchen Quittung offenbar auch zum Erlaß der Schuld benuzen. — In derartigen Fällen zeigt sich nun recht deutlich, wie sehr man den ökonomischen (materiellen) und den juristischen (formellen) Standpunkt auseinanderhalten muß. Oekonomisch betrachtet ist die Schuld erlassen, der juristischen Erscheinung nach und in den Augen des Richters ist sie durch Zalung getilgt. Daß übrigens da, wo es gerade auf das materielle, ökonomische Verhältniß ankommt, auch die Absicht berücksichtigt wird, in der die acceptilatio geschehen, versteht sich von selbst. Wie also z. B. unter Ehegatten jedes donandi animo abgeschlossene Geschäft nichtig ist, so muß dies natürlich auch von einer Schenkungshalber vorgenommenen acceptilatio gelten. L. 32 § 23 vgl. L. 5 § 1 de donat. int. V. et U. 24, 1.

49) Savigny Obl. I S. 172 Note s. Savigny's Darstellung kommt überhaupt der obigen sehr nahe. Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch Kuntze S. 178 ff. Vgl. Scheurl Beiträge z. Bearbeitung des röm. Rechts II S. 27.

50) Will man mir eine historische Vermutung erlauben, so möchte es mir scheinen, als ob bei verborum obligationes ursprünglich überhaupt die Erfüllung nur durch Berufung auf acceptilatio hätte bewiesen, m. a. W. eine verborum obligatio nur durch acceptilatio hätte getilgt werden können. Dafür dürfte vor allem die Regel sprechen, der wir noch im klassischen Rechte begegnen, die aber gewiß in früherer Zeit noch viel strenger durchgeführt ward: daß das Geschäft, wodurch ein

Digitized by Google

der acceptilatio die Oberhand gewann, und somit die acceptilatio vom praktischen Standpunkte vorzugsweise als

---

Rechtsverhältniß aufgehoben werden soll, ganz dieselben Erfordernisse (nur in umgekehrter Richtung) haben muß wie das Geschäft, wodurch das Verhältniß begründet wurde. L. 35, 100, 153 de R. I. 50, 17, — L. 80 de solut. 46, 3 vgl. Gai. III, 170, — § 1 I. qu. mod. obl. toll. 3, 29. So wird die re contracta obligatio aufgehoben re contraria, die nudo consensu contracta: consensu contrario (L. 80 cit.); bei den per aes et libram und literis begründeten Obligationen wird es wol keinem Zweifel unterliegen, daß die erste nur wieder per aes et libram, (vgl. Gai. III, 173 bes. 175 verb.: de eo tamen rel.), die zweite nur wieder literis (durch ein der expensilatio entsprechendes acceptum ferre) getilgt werden konnte. Da liegt es denn gewiß nahe zu vermuten, daß die verborum obligatio wenigstens ursprünglich auch nur wieder verbis habe gelöst werden können. (Vgl. auch L. 35 de R. I., — Gai III, 170, — § 1 I. cit. 3, 29, — L. 80 cit., in welcher zu dem Eingangs aufgestellten Saz: Prout quidque contractum est, ita et solvi debet, das spätere: et quum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat doch in einem eigentümlichen und auffallenden Mißklang steht. Es macht ganz den Eindruck, als habe Pomponius bei Quintus Mucius (die Stelle ist aus l. 4 ad Qu. Mucium) jene Regel mit consequenter Durchführung für die einzelnen Arten obligatorischer Geschäfte vorgefunden und dann nur aus Rücksicht auf das veränderte Recht seiner Zeit bei der verborum obligatio statt des ursprünglichen: verbis obligatio solvi debeat: „vel re vel verbis" gesezt). Dies möchte aber noch dadurch bekräftigt werden, daß Pomponius in L. 107 de solut. sagt, die verborum obligatio werde naturaliter durch solutio (und zufälligen Untergang des Gegenstandes), civiliter durch acceptilatio (und confusio) aufgehoben. Das heißt doch wol: die solutio ist nach ius civile kein Aufhebungsgrund

Digitized by Google

So war denn allerdings die Acceptilation zu einer Geschäftsform geworden, die in verschiedenem Sinn und zu verschiedenen Zwecken gebraucht werden konnte[49]). Es ist sogar einzuräumen und hängt vielleicht mit historischen Gründen zusammen[50]), daß der uneigentliche Gebrauch

---

Gesezgebung bestimmte, eine schriftliche Quittung beweise unbedingt und ohne Gegenbeweis (wie dies ja von Vielen selbst für das gemeine Recht nach Ablauf von 30 Tagen behauptet wird). Dann könnte man die Ausstellung einer solchen Quittung offenbar auch zum Erlaß der Schuld benuzen. — In derartigen Fällen zeigt sich nun recht deutlich, wie sehr man den ökonomischen (materiellen) und den juristischen (formellen) Standpunkt auseinanderhalten muß. Oekonomisch betrachtet ist die Schuld erlassen, der juristischen Erscheinung nach und in den Augen des Richters ist sie durch Zalung getilgt. Daß übrigens da, wo es gerade auf das materielle, ökonomische Verhältniß ankommt, auch die Absicht berücksichtigt wird, in der die acceptilatio geschehen, versteht sich von selbst. Wie also z. B. unter Ehegatten jedes donandi animo abgeschlossene Geschäft nichtig ist, so muß dies natürlich auch von einer Schenkungshalber vorgenommenen acceptilatio gelten. L. 32 § 23 vgl. L. 5 § 1 de donat. int. V. et U. 24, 1.

49) Savigny Obl. I S. 172 Note s. Savigny's Darstellung kommt überhaupt der obigen sehr nahe. Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch Kuntze S. 178 ff. Vgl. Scheurl Beiträge z. Bearbeitung des röm. Rechts II S. 27.

50) Will man mir eine historische Vermutung erlauben, so möchte es mir scheinen, als ob bei verborum obligationes ursprünglich überhaupt die Erfüllung nur durch Berufung auf acceptilatio hätte bewiesen, m. a. W. eine verborum obligatio nur durch acceptilatio hätte getilgt werden können. Dafür dürfte vor allem die Regel sprechen, der wir noch im klassischen Rechte begegnen, die aber gewiß in früherer Zeit noch viel strenger durchgeführt ward: daß das Geschäft, wodurch ein

Digitized by Google

der acceptilatio die Oberhand gewann, und somit die acceptilatio vom praktischen Standpunkte vorzugsweise als

---

Rechtsverhältniß aufgehoben werden soll, ganz dieselben Erfordernisse (nur in umgekehrter Richtung) haben muß wie das Geschäft, wodurch das Verhältniß begründet wurde. L. 35, 100, 153 de R. I. 50, 17, — L. 80 de solut. 46, 3 vgl. Gai. III, 170, — § 1 I. qu. mod. obl. toll. 3, 29. So wird die re contracta obligatio aufgehoben re contraria, die nudo consensu contracta: consensu contrario (L. 80 cit.); bei den per aes et libram und literis begründeten Obligationen wird es wol keinem Zweifel unterliegen, daß die erste nur wieder per aes et libram, (vgl. Gai. III, 173 bes. 175 verb.: de eo tamen rel.), die zweite nur wieder literis (durch ein der expensilatio entsprechendes acceptum ferre) getilgt werden konnte. Da liegt es denn gewiß nahe zu vermuten, daß die verborum obligatio wenigstens ursprünglich auch nur wieder verbis habe gelöst werden können. (Vgl. auch L. 35 de R. I., — Gai III, 170, — § 1 I. cit. 3, 29, — L. 80 cit., in welcher zu dem Eingangs aufgestellten Saz: Prout quidque contractum est, ita et solvi debet, das spätere: et quum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat doch in einem eigentümlichen und auffallenden Mißklang steht. Es macht ganz den Eindruck, als habe Pomponius bei Quintus Mucius (die Stelle ist aus l. 4 ad Qu. Mucium) jene Regel mit consequenter Durchführung für die einzelnen Arten obligatorischer Geschäfte vorgefunden und dann nur aus Rücksicht auf das veränderte Recht seiner Zeit bei der verborum obligatio statt des ursprünglichen: verbis obligatio solvi debeat: „vel re vel verbis" gesezt). Dies möchte aber noch dadurch bekräftigt werden, daß Pomponius in L. 107 de solut. sagt, die verborum obligatio werde naturaliter durch solutio (und zufälligen Untergang des Gegenstandes), civiliter durch acceptilatio (und confusio) aufgehoben. Das heißt doch wol: die solutio ist nach ius civile kein Aufhebungsgrund

Digitized by Google

Erlaßvertrag sich darstellte. Ihre juristische Natur und Wirksamkeit aber hat sie wesentlich beibehalten, wenn auch

---

der verborum obligatio. Nun dürfen wir aber gewiß annehmen, daß die Geschäfte, welche überhaupt nach ius civile beurteilt wurden, ursprünglich nur nach ius civile beurteilt worden seien. Daß aber stipulatio und acceptilatio ursprünglich Geschäfte des ius civile gewesen, dafür sprechen, um mit Ihering (Geist. des röm. R.'s II S. 582, 816 Anm. 801) zu reden, wenn auch keine äußeren, so doch gewichtige innere Gründe. Endlich dürfte nur durch die obige Annahme vollkommen erklärlich werden, warum sich die acceptilatio auf verborum obligationes beschränkte, während sie doch ihrer Formel nach von viel allgemeinerer Anwendbarkeit gewesen sein würde. — Demzufolge darf man etwa folgende historische Entwickelung annehmen: Ursprünglich konnte die verborum obligatio nur durch acceptilatio getilgt, beziehungsweise es konnte deren Erfüllung nur durch Berufung auf eine geschehene acceptilatio bewiesen werden. Später gestattete man, wenn nur überhaupt die Zahlung bewiesen werden konnte, wenigstens eine exceptio doli (arg. Gai. III, 168, IV, 116a, 116b). Allmählich aber, und als das ius gentium immer größere Herrschaft gewann, als vielleicht die stipulatio und acceptilatio selbst bereits auf Peregrinen erstreckt worden waren, kam man dahin, die verborum obligatio durch jede irgendwie erweisbare solutio schon ipso iure (naturaliter) für getilgt anzusehen. Ich möchte behaupten, daß zur Zeit des Quintus Mucius (Consul 659 d. St.) der leztere Schritt noch nicht geschehen war. — Sollte nun diese Vermutung richtig sein (ich gebe sie eben nur als Vermutung), so wäre dann, — aber, wie mir dünkt, auch dann erst vollkommen erklärlich, wie zulezt die acceptilatio (gleich der liberatio per aes et libram) praktisch fast nur noch als Erlaßvertrag vorkam, und somit in der allgemeinen Anschauung wesentlich als solcher erscheinen musste (Gai. III, § 169 verb. „id si velis mihi remittere", vgl. § 173—175 f. auch

vielleicht ein gewisser — jedenfalls nur sehr geringer — Einfluß jener praktischen Anschauung nicht zu leugnen ist[51]).

Ist die vorstehende Ausführung richtig — und ein Gegenbeweis wenigstens wird schwerlich aus den Quellen zu erbringen sein —, so ergibt sich daraus von selbst der oben an die Spize gestellte Saz, daß die Art, wie die acceptilatio bei Correalobligationen wirkt, ebensowenig etwas für die herrschende Ansicht beweisen kann als die

L. 49 de solut. 46, 3), während sie juristisch die Natur und Wirkung der solutio beibehielt. So wird denn auch die Bezeichnung als „imaginaria solutio" erst vollkommen treffend, wenn wir anerkennen, daß wir es hier mit Geschäften zu thun haben, welche für die äußere juristische Betrachtung als solutio erscheinen, ohne ihrem inneren Wesen nach solutio zu sein, ganz wie man bei einem Bilde zwischen dem äußeren Anschein und der inneren Wirklichkeit unterscheiden muß. Die gewöhnliche Uebersezung mit: „fingirte Zalung" scheint mir daher nicht zutreffend, obwol ich selbst mich anderwärts (Civ. Archiv XXXIX S. 342) dieses Ausdruckes bedient habe. Daß die Zalung erfolgt sei, ist bei der acceptilatio nicht eine Fiction, sondern, wenn ich einen andern der processualischen Kunstsprache entlehnten Ausdruck gebrauchen soll, vielmehr praesumtio iuris et de iure. Ich glaube, daß man auch hier, wie es denn oben geschehen, den Standpunkt des processualischen Beweises herbeiziehen muß, auf welchen neuerdings Jhering mit Recht als einen noch viel zu wenig benuzten hingewiesen hat (in seinen und Gerber's Jahrb. I S. 284 ff., II S. 90 ff., Geist des röm. R.'s II S. 347—352).

51) Hierher wären etwa L. 13 § 8, 9 de acceptil. 46, 4 zu ziehen, deren Entscheidungen um so unbedenklicher erscheinen mußten, als in den von ihnen besprochenen Fällen offen auf der Hand lag, daß die acceptilatio rein als Erlaßvertrag gemeint war.

Digitized by Google

gleiche Wirkung der solutio. Zugleich ist auch die fernere Behauptung bewiesen, daß bei bloser Solidarität ganz dieselbe objective Wirkung anerkannt werden muß [52]).

§ 9.

Für die herrschende Auffassung der Correalität macht man ferner geltend, daß Novation eines correus credendi oder mit einem correus debendi ebenfalls die (bisherige) Berechtigung oder Verpflichtung sämmtlicher correi aufhebe. Es ließen sich nun freilich gleich von vornherein Zweifel gegen die Richtigkeit oder wenigstens gegen die durchgreifende Geltung dieses Sazes aufwerfen. Wegen der Worte: „novatione quoque liberare eum ab altero poterit, quum id specialiter agit“ in L. 31 § 1 de novat. 46, 2, der Hauptstelle über vorliegende Frage, wird bekanntlich von Manchen behauptet, jene umfassende Wirkung trete nur dann ein, wenn dies gerade die Ab-

52) Wenn heutzutage der Mündel einem von mehreren Mitvormündern, die sich einer culpa schuldig gemacht, — etwa Schenkungshalber — eine Quittung zuschickte: würden sich darauf nicht auch die andern berufen können, und würde nicht der Richter sie sämmtlich für befreit erachten müssen? — Der Grund, weshalb man bei bloser Solidarität die acceptilatio nur für den betreffenden einzelnen Schuldner wirken lassen will, liegt lediglich in der Auffassung derselben als Erlaßvertrages; Quellenzeugnisse bezüglich dieses Punktes sind nicht vorhanden. L. 45 de administr. tut. 26, 7, auf welche sich Ribbentrop S. 273 beruft, ist ohne Zweifel von einem blosen pactum de non petendo zu verstehen. Dürfte man sie auf die acceptilatio beziehen, so würde sie eher für die hier, als für die von Ribbentrop vertheidigte Ansicht sprechen.

Digitized by Google

sicht bei der Novation gewesen[53]). L. 27 pr. de pactis 2, 14 aber scheint überhaupt der Annahme einer solchen umfassenden Wirkung sich zu widersezen. Ich bin übrigens der Ansicht, daß in Betreff beider Stellen die von Savigny gegebene Erklärung die richtige ist, namentlich also das: quum id specialiter agit in L. 31 § 1 cit. mit Rücksicht auf L. 8 C. de novat. 8, 42 vgl. auch L. 2, 8 § 2, 5, L. 29 de novat. 46, 2 verstanden werden muß[54]). Demnach glaube ich, daß wirklich die novatio eines correus oder mit einem correus für alle wirkt, wofür auch noch deutlich L. 8 § 11, L. 20 ad SC. Vell. 16, 1 und in einer interessanten Anwendung L. 33 § 1 de stip. serv. 45, 3[55]) spricht.

Allein, dies selbst zugegeben, kann man doch auch hier wieder fragen, ob die gedachte Art der Wirkung aus der Einheit der obligatio abzuleiten sei, oder nicht vielmehr darauf beruhe, daß die novatio, wie die acceptilatio, in ihrer Wirkung ganz mit der solutio übereinkomme, so daß also bei bloser Solidarität der Novation ganz der nämliche, auf alle Schuldner sich erstreckende Einfluß zuerkannt

53) Huschke in Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. II S. 153 ff.; Arndts Pand. § 268 Anm. 6; Rückert S. 15, 41; Helmolt S. 142. Wie übrigens Vertheidiger der herrschenden Ansicht die Möglichkeit einer blos subjectiven Wirkung der novatio mit der Annahme einer einzigen obligatio sämmtlicher correi für vereinbar haben halten können, ist mir nicht wohl begreiflich.

54) Savigny, Obl. I S. 165 f. S. 173 ff. Vgl. auch Vangerow Lehrb. III (6. Aufl.) S. 98 ff.

55) Zum Verständniß dieser Stelle vgl. L. 5 vbd. L. 32 eod.

Digitized by Google

werden müsste. Dies wird aber wahrscheinlich durch einen Blick auf die Natur der Novation. Die Novation geschieht entweder, indem der Gläubiger von dem Schuldner novandi causa stipulirt („Quod ex testamento mihi debes, dare spondes?"), oder indem der Gläubiger das, was er zu fordern hat, von einem Andern, als dem bisherigen Schuldner stipulirt („Quod Titium mihi dare oportet, id dare spondes?"), oder endlich, indem der Schuldner das, was er schuldet, auf Geheiß des bisherigen Gläubigers einem Andern promittirt („Quod te Titio dare oportet, id mihi dare spondes?"). In allen drei Fällen enthält die Novation für den Gläubiger, dessen Forderung novirt wird, eine wirkliche Befriedigung. Im ersten und zweiten Fall wird ihm selbst statt der bisherigen mit seinem Willen eine neue Forderung gegeben, im dritten wird das, was er zu fordern hatte, in seinem Auftrage einem Andern promittirt. Immer ist also die Novation der Zalung zu vergleichen: in den ersten beiden Fällen der Zalung an den Gläubiger selbst, im lezten der Zalung an einen Andern im Auftrage des Gläubigers, wodurch bekanntlich der Schuldner ganz ebenso wie durch Zalung an diesen befreit wird [56]). So wird denn auch in L. 31 § 1 de novat. 46, 2 die Wirkung der von einem Correalgläubiger vorgenommenen Novation auf alle hauptsächlich daraus abgeleitet, daß die Novation der

56) L. 12 pr. § 2, 4, L. 18 fin., 32, 34 § 3, 7, L. 38 § 1, L. 49, 51, 58, 64, 71 § 1, 2, 3, L. 106, 108 de solut. 46, 3, — L. 12 C. eod. 8, 43, — L. 11 § 5 de pigner. act. 13, 7, — L. 180 de R. I. 50, 17.

Digitized by Google

Zalung ähnlich sei (verb.: „eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus“). In dem dritten der obengedachten Fälle kann außer der durch Novation aufgehobenen Forderung des alten Gläubigers gegen den Schuldner überdies zugleich eine bisherige Forderung des neuen Gläubigers (des Delegatars) gegen den alten (den Deleganten) getilgt sein; allein dies geschieht dann nicht, indem dieselbe novirt würde, wovon in dem beregten Fall schon nach der Fassung der Stipulation keine Rede sein kann, sondern in Bezug auf diese Forderung enthält die Ueberweisung des Schuldners an Zalungsstatt eine reine und eigentliche in solutum datio, weshalb denn der Delegatar auch regelmäßig nur bis zum Betrage der überwiesenen Forderung als bezalt zu erachten ist[57]).

57) Von diesem Punkte handeln die Stellen, worin es heißt, daß die delegatio solutionis vicem continet, oder: solvit enim et qui reum delegat, oder: Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, quanta ei debetur u. dgl. (s. L. 8 § 3, 5 ad SC. Vell. 16, 1, — L. 37 § 4 de operis lib. 38, 1, — L. 21 § 3 de ann. leg. 33, 1, — L. 18 de fideiuss. 46, 1 vgl. L. 26 § 2 mand. 17, 1). Davon ist auch ohne Zweifel die oben (Anm. 47) abgedruckte Stelle von Seneca zu verstehen; gewiß ist auch in ihr die Wirkung der delegatio auf die Forderung des Delegatars und nicht auf die des Deleganten gemeint. Es ist daher nicht zu billigen, wenn Kuntze S. 179 diese Stellen ebenfalls zum Beweise der solutionsähnlichen Natur der Novation anführt. Denn die Forderung des Gläubigers, dem der Schuldner an Zalungsstatt seinen Schuldner delegirt, und dem sich dieser in der dritten Form verpflichtet, wird, wie gesagt, gar nicht novirt, sondern die Ueberweisung des Schuldners ist für ihn eine reine und

Digitized by Google

Vorstehenden Ausführungen zufolge ist also die No-

---

einfache in solutum datio (vgl. L. 16 C. de solut. 8, 43 und arg. L. 64 de solut. 46, 3). Natürlich könnte aber der Schuldner des Schuldners auch in dessen Auftrag bei dem Gläubiger sich in der zweiten Form verpflichten, und dann wäre allerdings die Forderung des leztern durch Novation getilgt. Daß dieser Unterschied, je nach der verschiedenen Fassung der novirenden Stipulation und mit der angegebenen Verschiedenheit der Wirkung bestand, ist wol von selbst klar (vgl. auch besonders L. 8 § 5 de novat. 46, 2), lässt sich aber auch aus den Quellen auf das bestimmteste nachweisen. Daß namentlich bei Verpflichtung in der dritten Form nicht die Forderung des Delegatars sondern nur die des Deleganten novirt wird, ergibt sich schon daraus, daß die Delegation (natürlich blos in dieser Form) nicht allein solvendi causa sondern eben so gut z. B. donandi causa geschehen kann (L. 21 § 1 de donat. 39, 5, — L. 1 § 16 si quid in fraud. patr. 38, 5), daß ferner eine Promission des Schuldners in der hier vorausgesezten Fassung an einen Andern als den bisherigen Gläubiger nur mit dessen Einwilligung geschehen kann (L. 8 § 5 de novat. 46, 2 vgl. L. 22 eod.), ja daß sogar ein Auftrag an den Schuldner, an einen Andern zu zalen, diesen noch keineswegs zu einer Stipulation der fraglichen Art berechtigt (L. 21 eod.). Vgl. auch L 4 eod.: Si usufructus debitorem meum delegavero tibi, non novetur obligatio mea, L. 27 eod. u. a. Daß dagegen umgekehrt durch eine Stipulation mit der zweiten im Text erwähnten Fassung nur die Forderung des stipulator und nicht die Forderung Desjenigen eine Novation erleidet, in dessen Auftrage sie etwa geschieht, ist einfach daraus zu schließen, daß es dazu eines derartigen Auftrages gar nicht bedarf, sondern ein Jeder in dieser Weise selbst gegen den Willen des bisherigen Schuldners promittiren kann (L. 8 § 5 de novat. 46, 2, — L. 23, 72 § 2, L. 91 de solut. 46, 3, — L. 13 § 10 de acceptil. 46, 4; vgl. L. 23, 40,

Digitized by Google

vation mit der in solutum datio von wesentlich gleicher

53, 66 de solut., — L. 5, 17 C. eod. 8, 43, — L. 39 de neg. gest. 3, 5). Man kann den Unterschied vielleicht am schärfsten so ausdrücken: Wenn ein Schuldner im Auftrage seines Gläubigers bei dessen Gläubiger in der dritten im Text erwähnten Form promittirt, so wird die Forderung des Auftraggebers, promittirt er in der zweiten Form, so wird dessen Schuld novirt. Daraus folgt nach der bekannten Regel, daß man die Lage eines Andern zwar ohne dessen Wissen und Willen verbessern, aber nur mit seinem Willen verschlechtern könne (L. 39 cit. 3, 5 vgl. auch L. 53 de solut. 46, 3): daß das erste, ebenso wie die Zalung an einen Andern als den Gläubiger, nur mit dessen Einwilligung, das zweite selbst gegen dessen Willen möglich ist, wie ja auch ein Anderer selbst gegen den Willen des Schuldners in dessen Namen zalen kann. — So gewiß nun jener Unterschied besteht, so scheint er doch selten beachtet zu werden, vgl. z. B. Arndts Pand. § 268, Puchta Pand. § 291; s. jedoch Göschen Vorles. § 451. Der Grund liegt wol darin, daß die Römer auch die im Auftrage eines Andern erfolgende Verpflichtung in der zweiten Form delegatio nennen, wofür nicht nur die weitgefasste Begriffsbestimmung in L. 11 pr. de novat. 46, 2 spricht, sondern auch manche Stellen, die ohne diese Annahme gar nicht zu erklären sind (vgl. L. 3 C. eod. 8, 42, — L. 12, 13, 33 D. eod., — L. 21 pr. de donat. 39, 5, — L. 41 pr. de re iud. 42, 1; S. auch bes. noch L. 45 § 7 mand. 17, 1). Doch dürfte wenigstens so viel billigerweise nicht zu bezweifeln sein, daß die Eingangs dieser Anmerkung erwähnten Stellen nur auf den dritten der im Text genannten Fälle bezogen werden dürfen, wenn man nicht etwa annehmen will, die Novationsstipulation habe auch nur auf einen Teil des Betrags der prior obligatio gerichtet werden können mit der Wirkung, daß diese dann auch nur zum Teil novirt worden. Dies scheint mir allerdings wahrscheinlich 1) wegen L. 6 pr. de nov. 46, 2, — L. 4 § 1 de usur.

Digitized by Google

Natur, wie Savigny treffend bemerkt hat[58]). Savigny sagt allerdings später (S. 167), die Novation

22, 1, — L. 76 § 1 de V. O 45, 1 vgl. L. 21 § 1 de donat. 39, 5, 2) weil auch die Klage auf einen Teil der Schuldsumme beschränkt werden (Gai. IV, 56), also jedenfalls per litis contestationem die Delegation für einen blosen Teil der Schuldsumme geschehen kann, 3) weil die Abstipulation und Adpromission ebenfalls auf einen Teil der Schuld beschränkt werden können (Gai. III, 113, 126). Vgl. unt. Anm. 172. S. auch Gneist Formelle Verträge S. 152. Nach dieser Annahme würden jene Stellen für alle Arten der Delegation Geltung gewinnen. — Es wäre zu wünschen, daß die angeregten Punkte, daß überhaupt die Lehre von der Novation einer eingehenderen Bearbeitung unterzogen würde, woran es noch immer zu mangeln scheint.

58) Savigny Obl. I S. 165. — Was Kuntze S. 190 dagegen vorgebracht hat, namentlich die Berufung auf L. 9—11 de pign. act. 13, 7 und L. 31 § 1 de novat. 46, 2 ist ersichtlich vollkommen grundlos. Wenn ferner Kuntze behauptet, die novatio dürfe nicht mit der in solutum datio zusammengestellt werden, weil sie nirgends rücksichtlich des innern Baus mit dieser verglichen werde, und weil die Novation von jeher unbestritten ipso iure gewirkt, während dies bekanntlich für die in solutum datio sehr bestritten gewesen: so darf der erste Punkt doch wol kein besonderes Gewicht beanspruchen; was aber den zweiten Punkt anlangt, so ist nicht abzusehen, wie daraus etwas soll geschlossen werden können, denn es ist ja recht wohl möglich, daß sich für die eigentliche in solutum datio das Recht langsamer, als für die novatio entwickelt hat. Wir können überdies gar nicht beurteilen, wie es sich mit jenem, uns nur von Gaius (III, 168) berichteten Streite hinsichtlich der in solutum datio verhielt. Nach dem, was wir sonst über den Charakter der Proculianer und Sabinianer wissen (vgl. besonders L. 2 § 47 de orig. iuris 1, 2), wäre es leicht möglich und dürfte vielleicht gerade hier man-

Digitized by Google

habe eine etwas zweideutige Natur; sie könne Surrogat der Erfüllung sein, sie könne aber auch auf blos formelle Weise gebraucht werden, etwa um die Obligation zuerst in eine Stipulation umzuwandeln und dann durch Acceptilation aufzuheben, eine Unterscheidung, aus der dann auch praktische Folgen abgeleitet werden (S. 202).

Thatsächlich mag man nun einen solchen Unterschied allenfalls zugeben, obwol selbst von diesem Standpunkte mir bedünken will, daß der Gläubiger durch Begründung der neuen obligatio an Stelle der alten in allen Fällen gleich viel und gleich wenig wegen der leztern befriedigt sei, indem eben statt der frühern stets nicht mehr und nicht weniger als eine neue obligatio gegeben wird. Dies ist auch selbst dann der Fall, wenn die novatio etwa nur den Zweck hat, eine Acceptilation zu ermöglichen. Jedenfalls aber, glaube ich, muß man vom juri-

---

ches für sich haben, daß erst von den Proculianern die ipso iure eintretende Wirkung der in solutum datio angefochten worden wäre (weil denn doch die obligatio nicht eigentlich erfüllt sei). Noch viel unbefriedigender ist, was Kuntze selbst (S. 242 ff.) als das „civilistische Wesen" der Novation angibt. Hienach soll diese nämlich bestehen in der „Verwendung des für eine bestehende Obligation fixirten Vermögensstoffes (d. h. nach K.: des von dem eigentlichen „Object" der obligatio, der obligatorischen Handlung selbst, die bei der novatio untergeht, wohl zu trennenden Inhaltes der Handlung) zu einer neuen Obligation, welche jener substituirt wird." Allein es geht durchaus nicht an, in der angegebenen, scholastischen Weise eine Handlung von ihrem Inhalt zu scheiden —, denn eine concrete Handlung ist eben nur durch ihren Inhalt, was sie ist.

Digitized by Google

stischen Standpunkte behaupten, daß die Novation stets die nämlichen Wirkungen hat. Ich möchte auch für die Novation geltend machen, was Savigny (S. 172 Note s) von der acceptilatio sagt: „daß in ihr eine den Römern geläufige Geschäftsform enthalten war, die in verschiedenem Sinn und zu verschiedenen Zwecken gebraucht werden konnte, überall aber gleichmäßig durchgreifend wirkte.“ Man muß dies um so mehr behaupten, als die Quellen meines Wissens nirgends von einer Verschiedenheit in den Wirkungen der Novation je nach den verschiedenen thatsächlichen Verhältnissen und der verschiedenen Absicht, in der sie geschehen ist, sprechen.

So scheint es mir denn namentlich inconsequent und unrichtig, wenn man bei bloser Solidarität die Novation zwar insofern für alle Schuldner befreiend wirken lassen will, als darin eine wahre Befriedigung des Gläubigers liege, d. h. der Betrag der neuen obligatio mit dem der früheren übereinkomme, während außerdem und für den Mehrbetrag die Verpflichtung der übrigen bestehen bleibe[59]).

59) Ribbentrop S. 271 ff., Vangerow S. 109, vgl. Savigny S. 202. Inconsequent ist es nämlich, weil man bei der Correalität keinen solchen Unterschied zu machen pflegt. Vgl. Ribb. S. 269, Sintenis Prakt. Civilr. II S. 142 Anm. 70. Anders stellt sich die Sache, wenn man annimmt (s. oben Anm. 57 a. E.), daß da, wo die Novationsstipulation nur auf einen Teil der Schuldsumme gerichtet ist, die prior obligatio auch blos zum Teil novirt wird. Dann kann freilich der Rest von den übrigen Solidarschuldnern, nachgefordert werden; dasselbe muß aber dann auch bei der Correalität gelten. — Ich habe mich im Text noch an die herrschende Meinung gehalten.

Digitized by Google

Dies scheint mir auch schon deswegen nicht haltbar, weil in jedem Fall nicht schon durch die blose Novation, sondern erst durch Erfüllung der nova obligatio eine „wahrhafte" Befriedigung eintritt. Will man also von diesem Gesichtspunkt ausgehen, so könnte man meines Erachtens folgerichtigerweise nur dahin kommen, daß die blose Novation mit einem Solidarschuldner, sofern noch nicht wirkliche Zalung erfolgt ist, die Verpflichtung der übrigen gar nicht berühre. Dies könnte denn auch offenbar allein aus der von Ribbentrop hierher gezogenen L. 1 C. de transact. 2, 4 [60]) abgeleitet werden, indem dieselbe ohne alle Unterscheidung spricht, — vorausgesezt nämlich, daß man überhaupt diese Stelle auf die novatio beziehen dürfte. Daß man es jedoch nicht darf, scheint mir unzweifelhaft. Zwar beruft sich Ribbentrop darauf, daß bei Vergleichen über Verhältnisse, wie das in der Stelle erwähnte, die Anwendung der Aquiliana stipulatio (also eine Novation) durchaus gewöhnlich gewesen, also wol auch in unserer Stelle als geschehen anzunehmen sei. Allein dies lezte ist auf das entschiedenste zu leugnen. Die Stelle ist ein Rescript, und aus den Worten: „neque pactio neque transactio" geht hervor, daß eine Uebereinkunft zur Entscheidung vorgelegen hatte, welche als pactum de-

60) Imp. Antoninus A. Celerio: — Neque pactio, neque transactio cum quibusdam ex curatoribus sive tutoribus facta auxilio caeteris est in his, quae separatim communiterve gesserunt vel gerere debuerunt. Cum igitur tres curatores habueris et cum duobus ex his transegeris, tertium convenire non prohiberis.

Digitized by Google

non petendo (so ist ohne Zweifel das „pactio" zu deuten) oder als transactio aufgefasst werden konnte, woraus sich von selbst die Unmöglichkeit ergibt, eine erfolgte Aquiliana stipulatio anzunehmen.

So müsste man also entscheiden, wenn man zur Befreiung der übrigen Solidarschuldner eine „wahrhafte" Befriedigung des Gläubigers verlangen wollte. Räumt man aber ein, daß in manchen Fällen schon die bloße Novation eine Befriedigung des Gläubigers enthalten, sonach für alle Solidarschuldner wirksam sein könnte, so muß man es, glaube ich, für alle Fälle behaupten.

§ 10.

Wir kommen zu dem Punkte, welchen man als den hauptsächlichsten Beweis für die Einheit der obligatio bei Correalverhältnissen zu betrachten pflegt. Durch Litiscontestation von Seite eines Correalgläubigers oder mit einem der Correalschuldner wird nach klassischem Rechte die Berechtigung oder Verpflichtung der übrigen correi aufgehoben[61]). Hier können wir nun offenbar die Ver=

---

61) L. 2, 16 h. t. 45, 2, — L. 5 de fideiuss. 46, 1 — L. 31 § 1 de novat. 46, 2, — L. 116 de V. O. 45, 1 vgl. L. 21 de solut. 46, 3, — L. 29 de lib. leg. 34, 3, s. auch L. 28 C. de fideiuss. 8, 41. L. 1, 14 rat. rem. hab. 46, 8, die man ebenfalls noch anzuführen pflegt, gehören in der That bei genauerer Betrachtung gar nicht hierher (S. unt. Anm. 120). Vgl. Ribbentrop S. 37 ff. — Dasselbe galt bekanntlich für Stipulationsbürgen im Verhältnisse zum Hauptschuldner (Auch für Confidejussoren unter sich).

Digitized by Google

gleichung mit der solutio nicht mehr zur Erklärung benutzen. Denn nicht nur wird die Litiscontestation in den Quellen nirgends mit der solutio zusammengestellt, sondern in L. 11 pr. de pign. act. 13, 7 heißt es geradezu: Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit, vel si fideiussor conventus fuerit[62]). Zudem müssen wir hier das ganz abweichende Verhältniß bei der bloßen Solidarität so sehr anerkennen, daß gerade diese Verschiedenheit bekanntlich zur Scheidung der bloßen Solidarität von dem Correalverhältnisse Veranlassung gegeben hat und als hauptsächlichstes und wesentlichstes Kennzeichen beider Verhältnisse betrachtet werden muß[63]).

Vgl. hinsichtlich des sponsor: Cicero ad Attic. XVI, 15 (s. Keller Litiscontestation S. 463 ff.), bezüglich des fideiussor L. 28 C. cit. vgl. Paul. R. S. II, 17 § 16, — L. 7 de fidei. et nomin. tut. 27, 7, — L. 2 C. de fidei. tut. 5, 57 (worin die Worte: „et solvente" interpolirt sind). S. Keller S. 435 ff. — Der Einfluß der L. 28 C. cit. von Justinian wird unten (§ 38, 39) besprochen werden.

62) Vgl. auch L. 90 de V. O. 45, 1. Was Kuntze S. 184 f. gegen die Beweiskraft der L. 11 pr. cit. sagt, ist gänzlich grundlos. Kuntze behauptet (S. 180 ff.), daß die Römer auch die Litiscontestation theoretisch unter den Gesichtspunkt der Solution gestellt, sie als formale Solution oder theoretisches Solutionssurrogat aufgefasst hätten. Er kann jedoch dafür außer der Art der Wirkung bei der Correalobligation, welche aber eben durch jenen Gesichtspunkt erst erklärt werden soll, wesentlich nichts beibringen als die — doch selbst so sehr zweifelhafte — Novationsnatur der Litiscontestation. Indessen erkennt er auch diese nicht unbedingt an — vgl. S. 186 Anm. 11.

63) Die hierher gehörigen Stellen finden sich zusammengestellt bei

Digitized by Google

Zur Erklärung des Einflusses der Litiscontestation auf Correalobligationen scheint demnach wirklich nichts Anderes übrig zu bleiben, als die Annahme einer Einheit der obligatio. Aus dieser Annahme scheint aber hinwieder jene Erscheinung auf die einfachste und natürlichste Weise hervorzugehen. Durch die Litiscontestation, sagt man, werde das zum Proceß gebrachte Klagerecht consumirt, entweder ipso iure oder durch Vermittelung der exceptio rei in iudicium deductae. Erkenne man dies an und gebe ferner zu, daß bei der Correalobligation nur Eine obligatio vorliege, die sich ganz und ungeteilt auf jeden einzelnen Gläubiger oder Schuldner beziehe: so verstehe sich nun von selbst, daß durch die auf das Ganze gerichtete Klage eines correus credendi oder gegen einen correus debendi und die darauf folgende Litiscontestation die Obligation für alle Interessenten consumirt werden müsse. Habe also ein correus credendi mit dem Schuldner litem contestirt, so sei nun nicht blos für ihn selbst, sondern auch für die übrigen Gläubiger eine fernere Klage unmöglich und zwar ohne Rücksicht auf den Erfolg jener ersten Klage. Ebenso könne, sobald der gemeinsame Gläubiger mit einem der Correalschuldner litem contestirt, und wieder ohne Rücksicht auf den Erfolg, keiner der andern Schuldner mehr von ihm verklagt werden[64]). Für diese Ausführung, obwol man sie als von

---

Ribbentrop § 1 Anm. 2, wo man nur die offenbar interpolirte L. 8 § 1 de legat. I (s. Ribb. S. 42 f.) abrechnen muß.

64) Vgl. z. B. Keller Litiscont. S. 419, 443 ff., Ribbentrop § 3, Savigny S. 180 f., Vangerow III S. 101.

Digitized by Google

selbst einleuchtend ansieht, werden zu allem Ueberflusse auch noch bestimmte Quellenzeugnisse geltend gemacht [65]).

So einfach und natürlich in der That das alles aussieht, so sind doch gegen die Annahme, daß die gedachte Wirkung der Litiscontestation auf die processualische Consumtion zurückzuführen, auch schon gewichtige Bedenken geäußert worden. Der Einwand freilich wiegt noch nicht sehr schwer, daß bekanntlich die processualische Consumtion ins Justinianeische Recht gar nicht übergegangen sei. Wenn nun die Befreiung des einen reus durch Litiscontestation mit dem andern aus der processualischen Consumtion herzuleiten, so bleibe es unerklärt, warum sie nicht mit derselben einfach weggefallen, sondern erst noch durch ein besonderes Gesez Justinians aufgehoben worden sei. In diesem Geseze finde sich aber durchaus keine Andeutung, als ob damit eine bisher übersehene Consequenz anerkannt würde, vielmehr werde es auf einen ganz selbständigen praktischen Gesichtspunkt gestüzt [66]).

---

65) L 5 fin. de fideiuss. 46, 1 verb.: plane si ex altera earum egerit, utramque consumet: videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, quum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur. — L. 31 § 1 de novat. 46, 2 verb.: et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere. Vgl. L. 16 h. t. 45, 2; Ribbentrop § 6.

66) Rückert S. 12 f. Vgl. auch Girtanner, Die Bürgschaft S. 399 Anm. 9. — Daß die Klagenconsumtion durch Litiscontestation im Justinianeischen Rechte aufgegeben sei, scheint mir troz des dagegen erhobenen Widerspruches unzweifelhaft. Denn nicht nur sind wichtige Folgen derselben geradezu aufge-

Digitized by Google

Dieser Einwand ist, wie gesagt, noch nicht sehr bedeutend und würde für sich allein schwerlich irgend etwas beweisen. Dennoch ist er nicht ganz ohne Bedeutung, wenn man ihn in Verbindung bringt mit manchem Andern, was sich gegen die obige, herrschende Auffassung geltend machen lässt.

Keller führt (S. 414) das Ergebniß seiner Untersuchungen über die processualische Consumtion auf folgende zwei Hauptsäze zurück:

1) Consumirt wird das zum Proceß gebrachte Klagerecht, formell ausgedrückt: der Inhalt der Intentio,

2) diese Consumtion kommt für alle Zukunft zu gute dem Beklagten und steht entgegen dem Kläger.

Hier scheint nun doch sofort gleich der zweite Hauptsaz einer Befreiung der übrigen correi durch die mit einem derselben geschehene Litiscontestation in den Weg zu treten. Der Proceß mit dem einen, sollte man denken, ist für die andern lediglich res inter alios acta, die ihnen

---

hoben, sondern es wird auch das eigentümliche Organ dieser Consumtion, die exc. rei in iudicium deductae nirgends erwähnt, was sich nicht ohne Annahme bestimmter Absicht erklären lässt, die denn auch in § 5 Inst. de except. 4, 13 deutlich erkennbar sein dürfte. Räumt man ein, was unten nachgewiesen werden soll, daß die objective Wirkung der L. C. bei Correalverhältnissen nicht auf der processualischen Consumtion beruht, so wird überdies die Zal der Stellen, worin man Spuren dieses Institutes hat finden wollen, erheblich vermindert.

Digitized by Google

weder nüzen noch schaden kann. Keller gibt auf diese Frage keine Antwort. Er sagt blos (S. 419), da bei der Correalität nur Eine Obligation d. h. nur Ein dare facere oportere vorhanden, welches sich auf Beide beziehe, so verstehe sich von selbst, daß durch einmalige Aufhebung dieses dare facere oportere eben die Substanz der ganzen Obligation zerstört, das Band zwischen Allen gelöst sein müsse. Das versteht sich aber, wenn die von Keller (S. 414) aufgestellten Säze richtig sind, eben nicht von selbst, indem es danach nicht blos darauf ankommt, daß im zweiten Proceß objectiv über denselben Anspruch, dasselbe Rechtsverhältniß, sondern auch, daß darüber unter denselben Personen verhandelt wird! (Vgl. bes. Keller S. 357 f.) Wenn wir bei Correalobligationen etwas Anderes finden, so könnte das vom Standpunkte der processualischen Consumtion nur als eine Ausnahme betrachtet werden, welche dann aber offenbar durch Keller's Bemerkungen nicht erklärt ist[67]).

Eben so unbefriedigend ist, was Ribbentrop sagt. Nachdem er zuerst (S. 264) anerkannt, daß das römische Recht die Regel: res iudicata ius facit inter partes mit großer Strenge festhalte, und daraus namentlich abgeleitet hat, bei blos solidarischen Verbindlichkeiten könne das zu Gunsten des einen Schuldners gesprochene Urteil in keinem Fall den übrigen zu gute kommen: bemerkt er (S. 265) bezüglich der Correalobligation: „Ganz anders stellt sich die Sache, wenn wir berücksichtigen, daß in un-

---

67) Vgl. Rückert S. 47 ff.

serem Fall beide obligatorische Verhältnisse in objectiver Beziehung durchaus als eine und dieselbe Obligation betrachtet werden. Nun erscheint, wenn der Richter ausgesprochen hat, dieses obligatorische Verhältniß existire nicht, die Ausnahme von der sonst so streng festgehaltenen Regel juristisch motivirt." (!?) Hier wird also die Ausnahme offen zugegeben, aber zu ihrer Erklärung ist ebenfalls nichts geschehen; denn daß die lezte Bemerkung nicht als solche gelten kann, geht eben einfach daraus hervor, daß das römische Recht sich hinsichtlich der processualischen Consumtion nicht mit einer objectiven Identität des in beiden Processen geltend gemachten Rechtsverhältnisses begnügt, sondern überdies auch eine (subjective) Identität der Personen fordert[68]).

Man muß also vom Standpunkte der herrschenden Auffassung jedenfalls den zweiten von Keller aufgestellten Hauptsaz preisgeben. Warum? darauf findet man nirgends eine Antwort. Aber es lässt sich sogar behaupten, daß die Consumtion der Klagen gegen sämmtliche correi durch Litiscontestation mit dem einen, schon großen Bedenken unterliegen muß, wenn man auch nur von dem ersten Hauptsaz ausgeht. Consumirt soll werden das zum Proceß gebrachte Klagerecht, formell ausgedrückt: der Inhalt der Intentio. Nun gibt Keller (S. 418, 441 ff.) selbst zu, daß bei Belangung eines Correalschuldners die Intentio immer blos auf den Namen dieses bestimmten Beklagten lautete. Wenn also Gaius

68) Vgl. Kuntze S. 214.

und Mävius correi debendi sind, und gegen Gaius geklagt wird, so erhält die intentio die Fassung: si paret Gaium dare facere oportere; — wird Mävius belangt, so lautet sie: si paret Maevium dare facere oportere. Wie kann nun, so darf man doch wol fragen, wie kann, wenn blos der Inhalt der intentio consumirt wird, die intentio: si p. Gaium d. f. o., die intentio: si p. Maevium d. f. o. consumiren? Beide Intentionen haben ja offensichtlich ihrer Fassung nach gar nichts mit einander zu thun. Also nicht nur der zweite der von Keller aufgestellten Hauptsäze, sondern sogar schon der erste lässt uns im Stich, was durch die — gerade nur wegen des Verhältnisses bei Correalobligationen gemachte — Bemerkung Keller's auf S. 445 a. E. vielmehr anerkannt, als beseitigt wird. Daraus folgt aber unabweisbar, daß es wenigstens mit dem von Keller eingenommenen Standpunkt unmöglich ist, die objective Wirkung der Litiscontestation auf Correalobligationen aus der processualischen Consumtion zu erklären und herzuleiten.

Etwas anders stellt sich die Sache nach Bekker[69]), der, was ich allerdings für richtiger halte, das Gewicht nicht auf die Identität der intentio, sondern auf die Identität der res, des materiellen Anspruches legt, welcher in der Formel keinen bestimmten, selbständigen Ausdruck finde. Allein die Identität der res ist nach deutlichen und zahlreichen Quellenzeugnissen (S. Bekker S. 209 ff., bes. L. 14 pr., L. 22 de exc. rei iud. 44, 2) vor allem

69) Die processualische Consumption. Bes. S. 43 ff.

Digitized by Google

bedingt durch die Identität der Personen, unter denen beide Processe verhandelt werden. Da nun ein correus auch weder als Vertreter, noch als Rechtsnachfolger des andern angesehen werden kann, so ist doch schwer begreiflich, warum gerade bei Correalobligationen von jenem Saze eine Ausnahme stattfinden soll. Auch durch Bekker's Ausführungen S. 214 ff. ist es mir nicht begreiflicher geworden.

§. 11.

Schon aus diesen Betrachtungen dürfte sich meines Bedünkens unzweifelhaft ergeben, daß die Grundsäze über processualische Consumtion vollkommen außer Stande sind, die Wirkung der Litiscontestation eines correus oder mit einem correus für die übrigen irgend zu vermitteln. Dazu kommt nun aber noch ein ganz entscheidender Grund, der zugleich auch gegen die oben (Anm. 62) erwähnte Meinung von Kuntze spricht.

Das in iudicium deducirte Schuldverhältniß bleibt bekanntlich auch noch nach der Litiscontestation als naturalis obligatio bestehen [70]). Wenn dies nun keinem gegründeten Zweifel unterliegt, so frägt sich: Wie kann durch Litiscontestation mit einem correus die obligatio für die übrigen aufgehoben werden, während sie für den processirenden selbst als naturalis obligatio bestehen

70) Vgl. Keller S. 101 f., Bekker Process. Consumpt. S. 284 ff. Nach Windscheid D. Actio S. 54 ff. würde die Obligation nach der L. C. sogar als civilis obligatio fortdauern, was ich jedoch nicht für richtig halte.

bleibt?[71]) Ganz besonders mißlich wird die Sache, wenn man das Verhältniß des fideiussor zum Hauptschuldner ins Auge fasst. Die Haftung und zwar die klagbare Haftung des fideiussor dauert in der Regel fort, so lange die Hauptschuld, wenn auch nur noch als naturalis obligatio fortbesteht[72]). Man sollte demnach erwarten, und dafür schienen überdies manche praktischen Gründe zu sprechen, daß troz der Belangung des Hauptschuldners der Bürge noch immer bis zur wirklichen Befriedigung des Gläubigers verklagt werden könnte[73]). Man sollte es um so eher erwarten, als auch Pfandrechte nach der Litiscontestation klagbar bestehen bleiben[74]), und selbst neue Fidejussoren vollkommen wirksam angenommen werden können[75]). Demungeachtet gilt rücksichtlich der Wirkung der Litiscontestation unbestritten und unbestreitbar ganz dasselbe, wie bei correi.

Wenn Kuntze diesem Einwande dadurch begegnen will, daß uns nichts zwinge oder berechtige anzunehmen, die Obligation des Nichtprocessirenden werde auch in ihrem naturalen Bestandteil getilgt[76]): so wäre allerdings der Fortbestand einer naturalis obligatio auch für den nicht belangten correus das Mindeste, was man vom

71) Vgl. Girtanner Die Bürgschaft S. 75, 399.
72) L. 60 de fideiuss. 46, 1.
73) Also dasselbe, was erst Justinian in L. 28 C. de fideiuss. 8, 41 neu eingeführt hat.
74) Z. B. L. 27 de pign. 20, 1 vgl. L. 29 de novat. 46, 2.
75) L. 8 § 3 de fideiuss. 46, 1, — L. 50 § 2 de peculio 15, 1.
76) Kuntze S. 184 Anm. 10.

Digitized by Google

Standpunkte der herrschenden Auffassung anerkennen müsste [77]). Allein das bezüglich des Fidejussorenverhältnisses geäußerte Bedenken würde dadurch ersichtlich nicht gehoben; zudem ist aber zu leugnen, daß jene Annahme richtig sein würde. Auf Aussprüche der Quellen kann sie sich zugestandenermaßen nicht stüzen; dagegen lassen sich aus den Quellen gewichtige Gegengründe entnehmen. Vor allem ist gewiß schon die Art und Weise, wie die Quellen die Wirkung der Litiscontestation auf den nicht beklagten correus oder fideiussor darstellen, der Ansicht, daß für diesen wenigstens eine naturalis obligatio fortbestehe, nicht günstig. Um Ausdrücke, wie obligatio solvitur, tollitur, perimitur zu übergehen, welche von Kuntze — mit Recht — als nicht stichhaltig hingestellt werden, erwähne ich nur folgendes. L. 116 de V. O. 45, 1 sagt zwar nur mittelbar, aber deshalb nicht minder bestimmt, durch Litiscontestation mit einem correus sei der andere „solutus", oder auch, wie es in derselben Stelle heißt: Titio convento Maevius liberatur. Der Ausdruck „liberari" kommt ferner in L. 29 de liber. leg. 34, 3, — L. 28 C. de fideiuss. 8, 41, — Paul. R. S. II, 17 § 16, — Cicero ad Att. XVI, 15 u. a. vor. Zudem aber wird die Litiscontestation bezüglich der Wirkung in

---

77) Die Art, wie Windscheid D. Actio S. 55 dem zu entgehen sucht, ist doch mit der herrschenden Auffassung des Correalverhältnisses schwerlich vereinbar und dürfte überdies mit L. 50 § 2 de pecul. 15, 1 und dem, was Windscheid selbst S. 57 sagt, geradezu in Widerstreit stehen.

Digitized by Google

L. 116 cit. und L. 28 C. cit. geradezu mit der solutio zusammengestellt[78]).

Spricht schon dieses wenig für die obige Annahme, so müsste man überdies mit derselben zu einer Consequenz kommen, von der in unsern Quellen gerade das Gegenteil enthalten ist.

Wenn bei einem einfachen obligatorischen Verhältnisse der Schuldner nach der Litiscontestation, aber vor dem Urteil zalt, so muß nach der uns von Gaius (IV § 114) berichteten Ansicht der Sabinianer in allen Fällen Absolution erfolgen. Sezen wir nun eine active Correalobligation. Wenn hier einer der beiden correi den Schuldner belangt, so müsste dieser zufolge der hier bekämpften Annahme noch immer beiden correi gegenüber naturaliter verpflichtet bleiben. Daraus würde aber folgen, daß die Zalung an den nicht klagenden correus kein indebitum wäre, somit die ganze obligatio — und natürlich für beide correi — aufhöre. Es müsste also jenem Grundsaze der Sabinianer gemäß Absolution des Schuldners eintreten. Ich weiß wenigstens nicht, wie diese Consequenz zu umgehen wäre. Nun wird uns aber in L. 16 h. t. 45, 2 von Gaius selbst vielmehr mit dürren Worten gesagt:

78) Doch will ich auf diese Punkte kein allzu großes Gewicht legen; denn „liberari" findet sich auch in Fällen, in denen es sich unzweifelhaft nur um processualische Consumtion handelt, wie z. B. in L. 10 § 1 de in rem verso 15, 3, — L. 74 § 2 de indic. 5, 1, und selbst die Zusammenstellung mit der solutio kehrt in solchen Fällen wieder, vgl. L. 23 de solut. 46, 3.

Digitized by Google

Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit.

Demzufolge bleibt denn wol nichts Anderes übrig als anzunehmen, daß durch Litiscontestation mit einem correus oder mit dem Hauptschuldner der andere correus bezw. der fideiussor vollkommen und ohne Fortbestehen einer naturalis obligatio befreit wird. Dadurch ist aber allein schon über allen Zweifel dargethan, daß diese Wirkung der Litiscontestation bei Correalverhältnissen nicht aus der processualischen Consumtion abgeleitet werden kann, sondern notwendig in andern Ursachen gesucht werden muß. Von einem andern hier in Betracht kommenden Punkte wird später (§ 34) die Rede sein.

Hiemit ist denn zugleich das Hauptargument für die herrschende Auffassung der Correalität, namentlich für die dabei behauptete gleichzeitige Beziehung einer einzigen, ungeteilten Obligation auf mehrere Subjecte aller Beweiskraft entkleidet.

§ 12.

Auch das von einem correus debendi erwirkte freisprechende Urteil soll zu Gunsten sämmtlicher correi wirken[79]). Hätten wir darüber in den Quellen wirklich eine besondere Entscheidung, so würde gegen deren Beweiskraft für die herrschende Ansicht Aehnliches, wie das hinsichtlich der Litiscontestation Bemerkte, zu sagen sein.

79) Ribbentrop S. 262 ff., Savigny Obl. I S. 189 f., Vangerow I S. 324 f. S. jedoch Fritz Erläut. zu Wening II S. 184.

Digitized by Google

Auch das Urteil übt bekanntlich seine Wirkung nur unter den ursprünglichen Parteien und deren Rechtsnachfolgern; Dritte läßt es ganz unberührt. Allein eine solche Entscheidung besitzen wir in der That nicht, und dies ist auch sehr begreiflich. Denn da schon durch die Litiscontestation mit einem correus die übrigen endgültig befreit waren, so konnte von einem selbständigen befreienden Einflusse des Urteils keine Rede mehr sein. Wenn man in L. 42 § 3 de iureiur. 12, 2 eine derartige Entscheidung hat finden wollen, so ist dies gewiß nicht zu billigen. Pomponius hat, wie Kuntze (S. 213) richtig bemerkt, von einem freisprechenden Urteil nicht geredet, um diesem etwa selbständige, von der Litiscontestation unabhängige Wirkungen beizumessen, sondern nur um eine größere Aehnlichkeit mit dem abgeleisteten liberatorischen Eide zu erzielen.

Mit der Wirkung der Litiscontestation und des Urteils auf Correalverhältnisse pflegt man zusammenzustellen, daß die Ableistung eines von dem Gläubiger an einen correus debendi oder von einem der correi credendi an den Schuldner deferirten Eides für und gegen alle correi eine exceptio iurisiurandi begründet, sofern nur über das Forderungsverhältniß selbst und nicht blos über die subjective Beteiligung des einzelnen correus an demselben geschworen worden ist[80]). Auch darin will man einen Beweis für die herrschende Auffassung der Correa-

80) L. 28 pr., § 3 de iureiur. 12, 2, vgl. L. 28 § 1, L. 42 pr., § 1, 3 eod., — L. 1 § 3 quar. rer. act. 44, 5. Savigny Obl. I S. 184 ff.

Digitized by Google

lität erblicken. Allein dagegen möchten sich doch wieder triftige Einwendungen machen lassen. Einerseits würde auch hier die Annahme einer objectiven Einheit der obligatio zur Erklärung jener Erscheinung noch keineswegs genügen. Denn der über ein Rechtsverhältniß, wenngleich ganz objectiv, abgeleistete Eid wirkt durchaus nicht zu Gunsten oder Ungunsten eines Jeden, gegen den bezw. von dem das Rechtsverhältniß im Widerstreite mit dem Inhalte des Eides neuerdings geltend gemacht werden will; vielmehr beschränkt sich bekanntlich die Wirkung des Eides, wie die der Litiscontestation und des Urteils, regelmäßig auf die Parteien[81]). Wenn wir bei Correalverhältnissen etwas Anderes finden, so wäre dies selbst vom Standpunkte der herrschenden Ansicht als eine Ausnahme zu betrachten, welche noch durch andere Gründe als die Berufung auf die Einheit der obligatio gerechtfertigt werden müsste. Auf der andern Seite aber sehen wir, daß die exceptio iurisiurandi einem Andern als dem Schwörenden sogar in Fällen gestattet wird, in denen von einer Identität des Rechtsverhältnisses keine Rede sein kann, so daß also aus einer Erstreckung der Wirkung des Eides über die ursprünglichen Parteien hinaus nicht einmal auf eine objective Einheit des Rechtsverhältnisses ein Schluß zu machen ist.

L. 28 § 2 de iureiur. 12, 2:

Paul. l. 18 ad Edict.: — Si ei, qui debitorem

---

81) L. 3 § 3, L. 9 § 7, L. 10, 11 § 3, L. 12 de iureiur. 12, 2; Savigny Syst. VII S. 64.

Digitized by Google

meum in iudicium exhibere promisit, iusiurandum detulerim, isque iuraverit: „se omnino exhibitionem eius non promisisse“, prodesse debitori meo id non debet. Si vero iuraverit: „se nihil mihi praestare oportere“, distinguendum sit et replicatione emendandum, utrum ideo iuraverit, an quia post promissionem exhibuerit, an vero quia solverit. Quod et in fideiussore debiti distinguendum est.

Die Stelle ist für uns um so bedeutender, weil nicht nur die Säze über die Wirkung des Eides bei Correalobligationen und bei dem Verhältnisse des fideiussor zum Hauptschuldner in engster Verbindung mit ihr vorgetragen werden, sondern weil uns auch geradezu gesagt wird, daß die darin enthaltene Entscheidung auf den nämlichen Grundsäzen beruhe, wonach der Einfluß des vom fideiussor geleisteten Eides auf den Hauptschuldner zu bemessen sei.

Was nun den Inhalt der Stelle angeht, so ist darin von einer cautio iudicio sisti die Rede: Jemand hat durch Stipulation versprochen, einen Schuldner bei Gericht zu stellen. Das Verhältniß ist in solchen Fällen kurz das folgende: Wird der Schuldner nicht in vertragsmäßiger Weise gestellt, und ist nicht etwa eine Strafe stipulirt, so kann der fideiussor iudicio sistendi causa datus auf das volle Interesse, d. h. regelmäßig auf den vollen gegen den Schuldner einzuklagenden Betrag belangt werden[82]). Hat aber der fideiussor diesen Betrag ge-

82) L. 2 § 5, L. 3 qui satisd. cog. 2, 8, — L. 81 de V. O. 45, 1, vgl. L. 3 si quis in ius voc. 2, 5, — L. 12 § 1,

Digitized by Google

leistet, so ist der Gläubiger vollkommen befriedigt und damit natürlich auch der Schuldner befreit. Dies vorausgeschickt, fragt sich nun: welchen Einfluß hat der vom Gläubiger einem solchen fideiussor zugeschobene und von diesem geleistete Eid auf den Schuldner? Wenn der fideiussor blos geschworen hat, er habe gar nicht versprochen, den Schuldner zu stellen, so kann sich darauf letzterer selbstverständlich nicht berufen. Ging aber der Eid des fideiussor objectiv dahin: „se nihil praestare oportere", so wird in unserer L. 28 § 2 cit. deutlich gesagt, der Schuldner erhalte jedenfalls die exceptio iurisiurandi; nur sei unter Umständen eine replicatio zu gewähren, wenn nämlich der fideiussor seiner Absicht nach blos habe schwören wollen, daß er seine Verpflichtung durch Stellung des Schuldners erfüllt. Sei dagegen seine Meinung gewesen zu beschwören, er habe den Gläubiger durch Zalung befriedigt: so finde eine replicatio nicht statt, weil in diesem Fall auch der Schuldner dem Gläubiger gegenüber als befreit erscheine [83]).

So ist unzweifelhaft der Gedankengang der Stelle. An eine Einheit der obligatio kann in dem darin behandelten Fall nicht gedacht werden. Man kann eine solche nicht etwa durch die Annahme retten wollen, auch der Schuldner selbst habe durch Stipulation versprochen

---

L. 14 si quis caut. in iud. 2, 11, — L. 3 § 4 de eo per quem fact. 2, 10.

83) Ganz ähnliche Erklärungen finden sich auch schon bei Cujacius ad h. l. (Recit. sol. in l. XVIII Paul. ad. Edict.) und bei Ant. Faber Rational. in h. l.

Digitized by Google

sich zu stellen[83a]), und die Klage, die gegen ihn erhoben werden wolle, sei eben die aus jener Stipulation. Denn abgesehen davon, daß dies nur mit dem äußersten Zwang in der Stelle gefunden werden könnte, würde dieselbe mit jener Annahme in der That ganz sinnlos werden, und namentlich von einer replicatio gegen die exc. iurisiurandi des beklagten Schuldners könnte doch wol unter keinen Umständen die Rede sein. Vielmehr hat Paulus unter der gegen den Schuldner zu richtenden Klage, welcher aus dem Eid des fideiussor die exc. iurisiurandi entgegenstehen soll, offenbar die ursprüngliche Forderungsklage gemeint. Die obligatio, aus der diese entspringt, ist nun aber gewiß mit der obligatio des fideiussor iudicio sistendi causa datus nicht identisch; zwischen beiden besteht kein anderer Zusammenhang, als daß, wenn zufällig der fideiussor als Interesse alles geleistet hat, was der Gläubiger mit der Forderungsklage verlangen konnte, nunmehr auch jene erste obligatio aufgehoben ist. Höchstens darf also eine Art bloßer Solidarität angenommen werden.

Das Ergebniß ist, daß die Wirkung des von einem correus credendi oder an einen correus debendi deferirten Eides auf die Frage nach der Natur der Correalität ganz und gar keine Antwort gibt, vielmehr auf selbständigen, von dieser Frage ganz unabhängigen Grundsätzen beruht. Die herrschende Auffassung der Correalität kann sich also darauf nicht mehr berufen, als jede andere.

83a) Vgl. L. 2 § 3, L. 4, 5 si quis caut. in iud. 2, 11.

Jene Grundsäze möchten aber in folgendem zu suchen sein. Wenn bei einem Forderungsverhältniß der Gläubiger auf die Delation (oder Relation) des Schuldners objectiv das Dasein der obligatio beschwört, so bekommt er nun eine neue Klage aus dem Eid[84]). Die Eidesleistung bewirkt demnach gewissermaßen eine Novation, nur freilich eine solche, welche vom Beweis einer gültigen prior obligatio ganz unabhängig ist[85]). Umgekehrt hat der vom Schuldner auf die Delation des Gläubigers objectiv über das Nichtdasein des Forderungsverhältnisses geschworene Eid ganz dieselbe Wirkung wie eine acceptilatio oder solutio[86]), man könnte sagen: er enthält eine prätorische acceptilatio. Daraus folgt, daß Jedem, der sich auf die mit einem Andern vorgenommene Acceptilation berufen kann, auch aus dessen Eid die exceptio iurisiurandi zusteht. Ebenso muß Demjenigen, der einem Andern gegenüber die von einem Dritten geschehene Acceptilation geltend machen darf, auch gestattet werden, wegen eines von demselben deferirten Eides der Klage des Ersteren eine exceptio entgegenzusezen. So erklären sich denn die Entscheidungen, welche wir bei dem Correalverhältnisse und dem Verhältnisse des fideiussor und Hauptschuldners finden, höchst einfach, Entscheidungen, welche übrigens auch in den Quellen gerade darauf gegründet werden, daß der Eid, wenn er nur objectiv auf das

84) L. 9 § 1, 6, 7, L. 11 § 1, 2, L. 25 de iureiur. 12, 2 u. a.

85) L. 26 § 2 eod. vgl. L. 5 § 2, L. 9 § 3 eod.

86) L. 27, 28 § 1, L. 40 eod.

Digitized by Google

Nichtdasein des Rechtsverhältnisses selbst gerichtet ist, „in locum solutionis cedit“ [87]). Eben so wenig Schwierigkeit macht L. 28 § 2 de iureiur. 12, 2. Weil die von dem fideiussor iudicio sistendi causa datus (suo nomine) erfolgte Zalung und somit auch die an ihn geschehene Acceptilation (s. ob. §8) dem Schuldner zu gute kommt, so muß es nicht minder der von ihm geleistete Eid, sofern nur dieser — was unter Umständen durch eine replicatio zu reguliren — nach der Absicht und Meinung des Schwörenden nicht blos dahin ging, die übernommene Verpflichtung sei deshalb nicht mehr vorhanden, weil sie durch Stellung des Schuldners bei Gericht erfüllt worden [88]).

Sind diese Ausführungen richtig, so ist damit von selbst gesagt, daß auch bei bloser Solidarität der von einem der Schuldner geleistete Eid, wenn anders nur sein Inhalt dazu geeignet ist, auch den übrigen die exceptio

---

87) L. 28 § 1 eod.

88) L. 28 § 2 cit. liefert ein recht deutliches Beispiel, wie fest und durchgreifend im römischen Recht die den einzelnen juristischen Thatsachen einmal beigelegte Wirkung war. Wenn der fideiussor iud. sist. c. datus schwört, er sei nichts zu leisten schuldig, und dabei die Meinung hat, er sei seiner Verpflichtung durch Stellung des Schuldners bereits nachgekommen, so sollte man meinen, der Schuldner könne von vornherein gar keinen Anspruch auf die exc. iurisiurandi haben. Aber nein, der fideiussor hat seinen Eid objectiv auf Nichtdasein der Forderung gerichtet. Dies steht der acceptilatio gleich, und folglich muß sich auch der Schuldner darauf berufen können; nur eine replicatio wird wegen der Unbilligkeit dieses Ergebnisses im einzelnen Fall gestattet.

Digitized by Google

iurisiurandi verschaffen muß. Dies wird aber bestätigt durch L. 28 § 2 cit., worin ja der Sache nach von einem Fall bloser Solidarität die Rede ist.

§. 13.

Für die Einheit der obligatio bei der Correalität stüzt man sich auch wol darauf, daß die Unterbrechung der Klagenverjährung von Seite eines der correi credendi oder in der Person eines der correi debendi immer für und gegen alle eintrete. Dies hat aber bekanntlich erst Justinian im L. 5 C. h. t. 8, 40 bestimmt, und es ist gewiß höchst mißlich, zur Ermittelung der Natur der Correalobligationen Justinianeische Bestimmungen zu benuzen. Ich sehe also von diesem Punkte ganz ab, zumal Justinian sein Gesez auf reine Billigkeitsgründe stüzt („nobis pietate suggerente videtur esse humanum rel.“), und wir sowol daraus, als aus anderen, innern Gründen fast mit Bestimmtheit schließen können, daß früher etwas Anderes gegolten[89]). Zum mindesten bestand, wie uns Justinian selbst sagt, Streit („et quaerebatur“), wodurch allein schon das beregte Verhältniß alle Beweiskraft verliert.

Als lezten Grund für die herrschende Anschauung des Correalverhältnisses kann man schließlich noch L. 18 h. t. 45, 2 geltend machen: Pompon. l. 5 ex Plaut.: Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet, auf welche Stelle man so-

89) Vgl. auch Kuntze S. 193; Savigny Obl. I S. 194 a. E.

gar ein bedeutendes Gewicht gelegt hat[90]). Man leitet aus derselben bekanntlich den Saz ab, daß das Vergehen, dessen sich ein correus gegen die gemeinsame Obligation schuldig mache, und wodurch der Inhalt derselben modificirt werde, auch den übrigen correi schade. Der Grund davon könne „eben nur in der strengen Einheit des obligatorischen Verhältnisses gesucht werden, welches, wenngleich mit modificirtem Inhalt, doch als dieselbe Obligation, als dasselbe juristische Band unverändert fortbestehe"[91]). Allein wenn dies der Grund ist, so muß man offenbar erwarten, daß auch die mora des einen correus debendi dem andern schade. Denn, um mich wieder der eigenen Worte Ribbentrop's (S. 35) zu bedienen, „durch die mora perpetuatur obligatio, d. h. die Obligation dauert, und zwar als dieselbe Obligation, nur mit modificirtem Inhalt, fort." Es ist also alles genau, wie im vorigen Fall. So werden denn auch in unsern Quellen mora und culpa häufig und eng zusammengestellt[92]), im Verhältnisse des Bürgen zum Hauptschuldner gelten ganz dieselben Regeln bezüglich der mora, wie bezüglich der culpa[93]), endlich

90) Vgl. Ribbentrop S. 28 ff., Vangerow III S. 69.

91) Ribbentrop S. 32.

92) Vgl. z. B. L. 32 § 5 de usuris 22, 1, — L. 23 de V. O. 45, 1, — L. 91 § 3 eod.

93) Der fideiussor muß sowol für mora, als für culpa des Hauptschuldners haften: L. 24 § 1 de usur. 22, 1, — L. 49 pr., 88, 91 § 4, 5 de V. O. 45, 1, — L. 58 § 1 de fideiuss. 46, 1; — umgekehrt braucht der Hauptschuldner

Digitized by Google

wird sogar auch die perpetuatio obligationis durch mora geradezu auf ein factum des morosus zurückgeführt [94]).

Die Erwartung wäre also unter der obigen Voraussetzung gewiß gerechtfertigt; trotzdem sagen uns nun aber die Quellen auf das allerbestimmteste, daß die mora des einen correus debendi dem andern keinen Nachteil bringe.

L. 32 § 4 de usuris 22, 1:

Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.

L. 173 de R. I. 50, 17:

Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur.

Damit wird jedenfalls die Beweiskraft der L. 18 cit. für die herrschende Ansicht zum besten Teil wieder aufgehoben. Uebrigens ist das Verhältniß dieser Stelle zu den beiden vorhergenannten noch keineswegs klar. Na-

---

weder für mora noch für culpa des fideiussor einzustehen: L. 32 § 5 de usur. 22, 1, — L. 49 pr., 88 de V. O. 45, 1 — L. 19 de dolo malo 4, 3, — L. 38 § 4 de solut. 46, 3. Vgl. auch Ribbentrop S. 32 Anm. 13.

94) L. 58 § 1 de fideiuss. 46, 1: — Quum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Sticho solvendo, et is decessit (welche Stelle für jeden Fall beweisend ist, mag man nun das „veluti" mit „gleichwie" oder mit „wie zum Beispiel" übersetzen). Vgl. auch L. 91 §. 4 de V. O. 45, 1 verb.: quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat (Es ist freilich nicht ganz klar zu erkennen, ob dies blos von der culpa oder von der mora, oder — wofür überwiegende Gründe sprechen — von beiden zu verstehen ist).

Digitized by Google

mentlich ist durchaus noch nicht ausgemacht, daß wirklich L. 18 cit. jenen, ihr gewöhnlich beigelegten Sinn habe. Schon von mehreren Seiten ist es bestritten worden[95]), und in allerneuester Zeit wieder hat ein Schriftsteller, besonders mit Rücksicht auf L. 9 § 1 h. t. 45, 2, sich wenigstens gegen die unbedingte Gültigkeit des Satzes erklärt, daß ein correus für die culpa des andern aufkommen müsse. Er will dies (arg. L. 24, 25 pr., 27 pr. de pactis 2, 14, — L. 10 h. t. 45, 2, — L. 34 pr. de receptis 4, 8) nur für correi socii gelten lassen — kehrt also zu einer schon in der Glosse vertretenen Ansicht zurück — und demnach will er in L. 18 cit. statt: Ex duobus reis promittendi factis lesen: Ex duobus reis promittendi sociis[96]).

---

95) S. z. B. Girtanner die Bürgschaft S. 404 ff.; Kuntze S. 150 ff.

96) Bekker in seinem und Muther's Jahrbuch III S. 123 ff.— Ich will nicht unterlassen, auch auf die Möglichkeit aufmerksam zu machen, daß es in L. 18 cit. ursprünglich geheißen hätte: alterius factum alteri non nocet, daß aber die Stelle mit Rücksicht auf L. 5 C. h. t. 8, 40 interpolirt wäre. (Man weiß, wie viele Stellen mit Rücksicht auf L. 28 C. de fideiuss. 8, 41 Interpolationen erlitten haben). Jedenfalls dürfen wir die Stelle, deren ursprünglichen Zusammenhang wir ohnehin nicht kennen, im Justinianeischen Rechte auf L. 5 cit. beziehen. Dadurch wird die von Bekker vorgeschlagene Textveränderung überflüssig, und wir gewinnen auch für L. 9 §. 1 cit. eine einfachere Erklärung. Daß die gewöhnliche Auslegung der L. 18 cit. nicht richtig ist, scheint mir unzweifelhaft.

Digitized by Google

2) Ungünstig scheinende Quellenaussprüche.

§ 14.

Man sieht, das Ergebniß einer genaueren Prüfung schon blos der Quellenaussprüche, welche zu Gunsten der herrschenden Auffassung der Correalität angeführt werden, ist der Art, daß man es kaum für notwendig erachten dürfte, auch noch auf die ihr ungünstigen Entscheidungen einzugehen. Uebrigens dürfen wir uns doch einer näheren Betrachtung auch dieser nicht entziehen, da sie auf jeden Fall zur Aufklärung beitragen und uns vielleicht für den zweiten, positiven Teil der Aufgabe manchen fruchtbaren Gesichtspunkt liefern wird.

Hier kann man sich denn nun sofort auf den bereits im vorigen Paragraphen besprochenen Saz bezüglich der mora eines correus debendi berufen. Die herrschende Meinung sucht denselben mit Ribbentrop (S. 34 ff.) aus dem Unterschiede des objectiven Bestandes und der subjectiven Beziehung zu erklären, und sieht sogar (Ribb. S. 27) darin, daß dem einen correus die culpa, aber nicht die mora des andern schade, einen hauptsächlichen und „recht unzweideutigen" Beweis für die Notwendigkeit jener Unterscheidung. Allein diese Erklärung ist doch, wie mir dünkt, ganz unmöglich; denn eines von beiden: Entweder bleibt, wenn nach eingetretener mora eines correus der geschuldete Gegenstand zufällig untergeht, die obligatio ihrem objectiven Bestande nach bestehen: — dann muß sie offenbar für alle bestehen bleiben; oder

der objective Bestand der obligatio selbst hört auf: — dann werden allerdings die übrigen frei, aber es muß auch der morose correus selbst frei werden; denn die subjective Beziehung ist ja kein Wesen von selbständigem Dasein, sondern eben nur die Art und Weise, wie sich eine bestehende obligatio zu einem gewissen Subjecte verhält, kann also natürlich nach deren Untergange nicht für sich allein fortdauern [97]). So wenig hienach das Verhältniß bei der mora zu Gunsten der herrschenden Auffassung angeführt werden darf, so glaube ich, um unparteiisch zu sein, doch auch nicht, daß man es zu einem stichhaltigen Einwande gegen dieselbe, insbesondere gegen die Annahme einer objectiven Einheit der obligatio benuzen kann. Denn den Folgen der mora, namentlich der perpetuatio obligationis möchte wol folgender Gesichtspunkt zu Grunde liegen (der wenigstens alles vortrefflich erklärt): der morosus muß wegen der mora für allen Schaden einstehen, der dem Gegenteil durch die mora erwächst, sofern er nicht beweisen kann, daß der Schaden nicht die Folge der mora sei, also ohne die mora doch auch eingetreten sein würde [98]). Wenn nun nach der mora der geschul-

---

97) Andere Einwendungen s. bei Rückert S. 9 ff. vgl. S. 19 ff. Kunze S. 148 ff.

98) Dies ist natürlich blos von dem ohne besonderen Beweis, also, durchschnittlich anzunehmenden, nicht von dem auf ganz besondern, individuellen Umständen beruhenden Schaden zu verstehen, dessen Ersaz selbstverständlich nur dann verlangt werden kann, wenn man ihn vorher nachweist. Mit dieser von selbst gegebenen Beschränkung erklärt aber obige, wieder vom Beweis-

Digitized by Google

dete Gegenstand untergeht, so ist eigentlich die Erfüllung der obligatio unmöglich und diese muß somit erlöschen. Aber eben der Untergang der obligatio ist schon ein Schade, der den Gläubiger trifft, und wegen der mora ist daher für den Schuldner die Verpflichtung begründet, auch diesen Schaden abgesehen von der oben angegebenen Beschränkung zu ersezen. Diese Verpflichtung, als aus der mora erst entstehend, kann jedoch natürlich eben nur den morosus, bei Correalverhältnissen also blos den säumigen correus treffen; die übrigen sind durch den — von ihnen nicht verschuldeten — Untergang des Gegenstandes in diesem wie in andern Fällen befreit. Das angegebene Verhältniß kann nun auch natürlich dadurch nicht geändert werden, daß das römische Recht formell die alte obligatio noch als fortbestehend annimmt. Denn

---

verhältniß (S. oben Anm. 50) hergenommene Regel auch wirklich alles, nicht nur die s. g. perpetuatio obligationis, sondern auch, daß der morosus jezt immer für omnis culpa haftet, daß er ohne weiteres gezogene und vernachlässigte Früchte, bei Geldschulden Verzugszinsen leisten muß (sofern nur die betreffende obligatio als bonae fidei obligatio solcher Erweiterung fähig ist), daß endlich beim Ersaze des Wertes der höchste Wert in Anschlag kommt, den der Schuldgegenstand seit dem Verzuge gehabt hat u. s. w. (Vgl. z. B. Arndts Pand. §. 251). — Bezüglich der mora creditoris in accipiendo ist die Regel ganz eben so brauchbar, namentlich ergibt sich daraus auch, daß der Schuldner hinfort nur noch für dolus und culpa lata zu haften braucht. A. M. Mommsen Beiträge z. Obligationenrecht III S, VI. 284 ff. S. aber dagegen Windscheid in der Heidelberger krit. Zeitschrift f. d. gesammte Rechtswissenschaft III S. 271 f..

Digitized by Google

dies ist aus rein processualischen Gründen geflossen und hängt damit zusammen, daß im römischen Recht wegen aller Ansprüche, die in Folge eines gewissen Geschäftes unmittelbar oder mittelbar sich ergeben, die Klage aus diesem Geschäfte eingeräumt wird. So lange nun dieselbe Klage statthaft war, nahm man dann, von dem processualischen Verhältnisse zurückschließend, auch wieder Fortdauer derselben obligatio an, ohne jedoch, wo es sich um praktische Entscheidungen handelte, zu verkennen, daß man es hier mit einem rein formellen, das innere, materielle Wesen der Sache nicht berührenden Gesichtspunkte zu thun habe. Die rein subjective Wirkung der mora eines correus oder eines fideiussor versteht sich danach unter allen Umständen von selbst [99]).

---

99) Wenn der fideiussor allein in mora war und nun der Gegenstand unterging, oder wenn er den Gegenstand culposer Weise vernichtete: so wollten Manche sogar formell eine neue obligatio des fideiussor annehmen (worin denn eine schlagende Bestätigung der im Text entwickelten Ansicht liegen dürfte); vgl. L. 19 de dolo malo 4, 3 (Papin. — actio doli gegen den fideiussor, weil durch den Untergang des Gegenstandes der Schuldner und damit auch der fideiussor befreit sei), — L. 38 § 4 de solut 46, 3 (African. — Wiederherstellung der Klage gegen den fideiussor durch in integrum restitutio), — L. 32 § 5 de usur. 22, 1 (Marcian. — utilis actio), — L. 49 pr. de V. O. 45, 1 (Paul. l. 37 ad Edict. — utilis actio). Andere dagegen betrachteten auch hier die obligatio des Bürgen einfach als fortbestehend L. 88, 91 § 4 de V. O. 45, 1 (Paul. l. 6, l. 17 ad Plaut., — in L. 91 § 4 mit Berufung auf Pomponius), — L. 95 § 1 de solut. 46, 3 (Papin.). —

Digitized by Google

§. 15.

Nicht triftiger ist ein anderer Einwand, den man gegen die herrschende Ansicht etwa davon hernehmen wollte, daß von mehreren rei credendi oder debendi die Berechtigung bezw. Verpflichtung des einen ungültig sein kann, während die andern gültig berechtigt oder verpflichtet sind [100]). Denn jene Ungültigkeit bewirkt eben nur,

---

Daß der fideiussor für die mora des Hauptschuldners haften muß (s. ob. Anm. 98), erklärt sich daraus, daß regelmäßig angenommen wird, der Bürge mache sich für alle Ansprüche verbindlich, die aus einem gewissen Geschäft oder Verhältnisse des Hauptschuldners hervorgehen werden („quia in totam causam spopondit"). S. L. 91 § 4 fin. de V. O. 45, 1, — L. 56 § 2 de fideiuss. 46, 1, — L. 32 pr. de adm. tut. 26, 7; vgl. L. 54 pr. locati 19, 2, Girtanner die Bürgschaft S. 410 ff. In ähnlicher Weise ist die Fortdauer des Pfandrechtes zu erklären und auch daraus: „quod neque solutum neque eo nomine satisfactum est." — So erhält also die außerdem ziemlich räthselhafte Erscheinung, die man als „Modification des Inhaltes einer bestehenden obligatio" zu bezeichnen pflegt, ihre einfache Erklärung. Allerdings wird derselben vielleicht von gewisser Seite Mangel an Tiefe vorgeworfen werden; allein ich stelle es doch unbefangenen Lesern anheim, ob sie nicht einfacher und natürlicher ist, als z. B. die von Kuntze (S. 144, 145, 149) gegebene: Wechsel des „Vermögensstoffes" bei Fortdauer derselben obligatio, — wodurch überdies die Erscheinung gar nicht erklärt, sondern nur wieder mit einigermaßen andern Worten beschrieben ist. — Bezüglich des im Text Gesagten vgl. auch Rückert S. 21 am E..

100) L. 128 de V. O. 45. 1, — L. 8, 12 h. t. 45 2 vgl. L. 6 pr. eod.

Digitized by Google

daß die davon betroffenen Personen an dem activen oder passiven Correalverhältnisse nicht Teil nehmen, einerlei welches im übrigen dessen Natur sein mag, — es ist juristisch ganz gerade so, als ob sie dem Verhältnisse von Anfang an auch thatsächlich ganz fremd geblieben wären.

In der That ist denn auch auf diesen Punkt noch nie besonderer Nachdruck gelegt worden. Großes Gewicht dagegen hat man einem andern Umstande beigelegt. Während der eine Correalschuldner pure verpflichtet ist, kann der andere bedingt oder betagt, und beide können unter verschiedenen Zeitbestimmungen verpflichtet sein [101]). An

101) § 2 I. h. t. 3, 16, — L. 7 h. t. 45, 2, — L. 9 § 2 eod. Die lezte interessante Stelle handelt von stillschweigend anzunehmender Zeitbestimmung. Wer sich zu Rom versprechen lässt, es solle in Capua gezalt werden, bewilligt damit stillschweigend so viel Frist, als nach billigem Ermessen erforderlich ist, um von Rom nach Capua zu gelangen. L. 2 § 6 de eo quod certo loco 13, 4, L. 24 de op. lib. 38, 1, — L. 41 § 1, L. 60, 73 pr., 137 § 2 L. 141 § 4 de V. O. 45, 1, — L. 49 § 2 de fideiuss. 46, 1, — § 5 J. de V. O. 3, 15. Wenn nun Jemand, davon spricht unsere L. 9 §2 cit., in der Absicht, ein Correalverhältniß zu begründen, sich von dem einen correus zu Rom, von dem andern an einem andern Orte (etwa zu Ancona) versprechen lässt, es solle in Capua gezalt werden, so hat jeder stillschweigend eine besondere Frist. Vgl. auch L. 49 § 2 cit. — L. 9 § 2 cit. scheint mir auch ganz entscheidend für die Richtigkeit der von Ribbentrop S. 113 f. verteidigten Ansicht, daß — wenigstens im spätern klassischen Recht — ein Correalverhältniß selbst durch ganz gesonderte, der Zeit nach verschiedene Stipulationen begründet werden kann; denn die Frist wird nicht etwa nach der Entfernung des Zalungsortes vom Wohnorte des promissor, sondern blos nach der Entfernung vom Stipulationsort bemessen;

Digitized by Google

der Möglichkeit zwar, daß der Eine sofort, der Andere nur in diem zu leisten verbunden sein kann, hat

---

vgl. die obigen Stellen. Praktischer Weise konnte es auch wol kaum anders sein, besonders da ja nicht immer gemeint war, der promissor solle selbst an den Zalungsort reisen, sondern regelmäßig nur, er solle einem daselbst befindlichen Sklaven oder Geschäftsfreunde zur Zalung Auftrag geben, (vgl. L. 141 § 4 de V. O. 45, 1) was sich durch einen, sofort vom Stipulationsort abzusendenden Brief thun ließ. War diese Frist dem promissor zu knapp, wollte er also namentlich vorerst noch an seinen Wohnort reisen, so mochte er sich eine längere Frist besonders bedingen. Uebrigens ist jene Behauptung Ribbentrop's auch noch in andern Stellen deutlich ausgesprochen: vgl. L. 7 § 1 de auct. et cons. tut. 26, 8 (Ulp. l. 40 ad Sab.), — L. 3 pr. h. t. 45, 2 (Ulp. l. 47 ad Sab.), eine Stelle, die an und für sich zweideutig sein könnte, welche aber volle Beweiskraft erhält durch Verbindung nicht nur mit L. 7 § 1 cit., sondern besonders mit L. 8 § 5 de novat. 46, 2 (Ulp. l. 46 ad Sab.) verb.: quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat. Si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur, womit doch wol schwerlich etwas Anderes als ein Correalverhältniß gemeint sein kann (vgl. auch L. 2 fin. eod. (Ulp. l. 48 ad Sab.), — L. 16 eod. (Florent. l. 8 Inst.); — L 9 § 2 cit. ist von Papinian). — Sogar die von Savigny Obl. I S. 149 aufgestellte Beschränkung, daß die Stipulationen wenigstens an einem und demselben Tage geschehen sein müssten, dürfte mit L. 9 § 2 und L. 8 § 5 citt. kaum zu vereinigen sein. L. 12 pr. h. t. 45, 2, worauf sich Savigny beruft, ist mit L. 6 § 3 h. t. zusammenzuhalten und bespricht die von der obigen ganz verschiedene Frage, ob es gegenüber dem Saze: Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet (L. 137 pr. de V. O. 45, 1) statthaft und wirksam sei, wenn der eine correus erst nach einer

Digitized by Google

man noch keinen so großen Anstand genommen; sehr bedenklich hingegen hat man die Statthaftigkeit bedingter und

---

Zwischenzeit seine Antwort auf die an beide gemeinsam gerichtete Frage des stipulator gebe. In dieser Beziehung wird nun gelehrt, daß eine mäßige Zwischenzeit nichts schade und die Correalität nicht hindere, sofern nur kein actus obligationi contrarius dazwischen getreten sei. Etwas Anderes sagt auch L. 12 pr. cit. nicht; höchstens lässt sich daraus soviel ableiten, daß eine Dazwischenkunft fremdartiger, störender Geschäfte (actus obligationi contrarii) immer dann angenommen werden dürfe, also die nötige Continuität des Stipulationsactes nicht vorhanden ist, wenn die Antwort des Einen oder Beider erst am nächsten Tage erfolgt. Vgl. L. 137 pr. cit. von demselben Verfasser (Venuleius) und aus demselben Werk wie L. 12 cit. — Dem Saze, daß beide Stipulationen ganz separirt erscheinen können, sofern nur die Absicht der Parteien erweislich auf ein Correalverhältniß gerichtet war, ist widersprochen worden von Liebe die Stipulation (1840) S. 215 f. und von Kuntze S. 166 f. Beide übersehen aber die Hauptstellen: L. 9 § 2 h. t. 45, 2 und L. 8 § 5 de novat. 46, 2. Die von ihnen angeführten Stellen sind nicht beweisend. Wenn Kuntze namentlich aus L. 43 de fideiuss. 46, 1 unmittelbar ableiten will, falls die Hauptstipulationen getrennt vor sich gingen, so entstehe daraus keine Correalität, weil sonst auch die von jedem Promissor gestellten Bürgen im Widerspruch mit der gedachten Stelle als confideiussores betrachtet werden müssten: so ist dagegen zu erinnern, daß jeder correus einen besondern fideiussor stellen kann, welcher dann keineswegs und in keiner Hinsicht als confideiussor des vom andern gestellten betrachtet wird. Vgl. L. 6 § 1 h. t. 45, 2, — L. 51 § 2, L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1, s. auch unt. § 16. Uebrigens ist wol zuzugeben, daß in L. 43 cit. wirklich kein Correalverhältniß angenommen wird. Ob aber, weil die Absicht gar nicht darauf gerichtet war, oder weil ein solches durch getrennte Stipulationen nicht begründet werden

Digitized by Google

unbedingter Verpflichtung gefunden [102]). In Wahrheit aber ist dies Zweite weit unbedenklicher als das Erste. Wenn nämlich ein correus nur bedingt verpflichtet ist, so ist nach dem Wesen der Bedingung [103]) die einfache Folge blos die, daß zunächst noch Ungewißheit besteht, ob er überhaupt an dem Correalverhältnisse Teil nimmt oder nicht. Erst der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung wird darüber entscheiden. Die Natur der Correalobligation selbst wird dadurch in keiner Weise berührt.

Aber auch die Möglichkeit einer Verschiedenheit in Betreff der Zeitbestimmungen kann nichts gegen die Annahme einer Einheit der obligatio beweisen, weil ja ein dies das Dasein der obligatio selbst nicht hinausschiebt, sondern nur den Gläubiger hindert, seine Forderung vor

könne, möchte schwer zu entscheiden sein. Es ist möglich, und wird sogar durch Verbindung der L. 43 cit. mit L. 4 h. t 45, 2 (Pomp.), L. 6 eod. (Iul.), L. 28 § 2 de stip. serv. 45, 3 (Gai. l. 3 de Verb. obl., vgl. pr. I. h. t. 3, 16, welches vielleicht aus demselben, auch im tit. D. de duob. reis mehrfach benutzten Werke des Gaius genommen ist) wahrscheinlich, daß man noch zur Zeit des Pomponius dieser Meinung war, was dann aber offenbar für Papinian's und Ulpian's Zeit nichts beweisen kann.

102) Vgl. z. B. Ribbentrop S. 15; Kuntze S. 148 Anm. 2. s. auch Puchta Vorlesungen II S. 32.

103) S. Fitting im Archiv f. civ. Prax. XXXIX Nro 13 (bes. S. 334 ff.). Von dem Umstande, daß in der Bedingung regelmäßig auch eine Zeitbestimmung liegt und wirkt (a. a. O. S. 332 f., vgl. Goldschmidt's Zeitschr. f. das gesammte Handelsrecht II S. 259 Anm. 91), durfte ich hier ganz absehen, weil er ohnehin unter die folgende Frage fällt.

Digitized by Google

dem bestimmten Zeitpunkte geltend zu machen [104]). Der Schuldner in diem hat eine ganz ähnliche Stellung wie derjenige, mit welchem der Gläubiger ein pactum, ne intra certum tempus petatur abgeschlossen hat.

Eben so wenig darf man einen Beweisgrund gegen die herrschende Auffassung darin erblicken, daß capitis deminutio eines correus debendi nur auf diesen wirkt, ohne die Verpflichtung der andern zu berühren [105]). Denn auf jeden Fall könnte ein solches Ereigniß nur die Bedeutung haben, den davon Betroffenen von der Teilnahme an dem Correalverhältniß auszuscheiden, während dieses selbst — mag nun seine Natur sein, welche sie will — für die übrigen fortbestünde [106]). Es wäre etwa ein ähnliches Verhältniß, wie wenn einer der correi ohne Erben oder sonstigen Successor stirbt [107]). Dazu kommt

104) Gai. IV 131, — § 2 I. de V. O. 3, 15, — L. 46 pr. D. eod. 45, 1, — L. 7 pr. de compens. 16, 2 u. a. Ich führe diese bekannten Stellen hier nur deshalb noch besonders an, um Mißverständnissen vorzubeugen, welche daraus entstehen könnten, daß, wie ich anderwärts bemerkt habe, bei betagter Bestellung dinglicher Rechte etwas Anderes gilt; vgl. Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsrecht a. a. O.

105) L. 19 h. t. 45, 2.

106) Vgl. L. 19 cit. verb.: si unus capitis deminutione exemtus est obligatione. S. auch Savigny Obl. I S. 197.

107) Vgl. L. 57 pr. de evict. 21, 2. In einem solchen Fall ist die Verpflichtung des Gestorbenen selbst unzweifelhaft untergegangen, woraus sich manche Entscheidungen erklären: s. L. 11 de fideiuss. 46, 1, — L. 1 C. de O. et A. 4, 10 (eine Stelle, die also anders auszulegen ist, als es Windscheid D. Actio S. 125 thut), vgl. L. 7 § 1 C. ad SC. Trebell. 6, 49. — Dennoch ist die Wirkung natürlich nur

Digitized by Google

aber, daß capitis deminutio eines Schuldners gar nicht einmal dessen obligatio selbst beseitigt. Sie bewirkt nur, daß gegen den Schuldner nicht ferner aus der obligatio geklagt werden kann; diese selbst bleibt — als naturalis obligatio — bestehen [108]).

Keinen bessern Aufschluß über das Wesen der Correalität verschafft uns der Saz, daß — abgesehen von einem Societätsverhältniß — der eine Correalschuldner nicht mit einer dem andern gegen den Gläubiger zustehenden Forderung compensiren kann [109]). Mag man über die Natur und Wirkung der Compensation denken, wie man will: so viel darf man doch jedenfalls als

eine rein persönliche, so daß selbst Fidejussoren verhaftet bleiben: L. 1 § 14 depos. 16, 3, — L. 95 pr. fin. de solut. 46, 3; vgl. auch L. 26 de fideiuss. 46, 1.

108) L. 2 § 2 de cap. min. 4, 5; Savigny Obl. I S. 80. — Daß auch dieser Grund der Entscheidung bezüglich des Correalverhältnisses nicht fremd ist, beweist der Schluß der L. 19 h. t. 45, 2 verb.: Cum persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus : et ideo si aqua et igni interdictum est alicui, fideiussor postea ab eo datus tenetur (wenn nicht etwa das postea vielmehr zu tenetur zu ziehen ist, wodurch dann ausgesprochen wäre, daß durch cap. dem. des reus der fideiussor nicht befreit werde. Der Zusammenhang der Stelle wäre nach dieser Deutung offenbar logischer, aber der Wortstellung freilich geschähe einigermaßen Gewalt. Vgl. auch L. 47 pr. de fideiuss. 46, 1, — L. 5 pr. qui satisd. cog. 2, 8, — L. 1 C. de fideiuss. 8, 41.

109) L. 10 h. t. 45, 2. Eine bereits wirklich durchgesetzte Compensation steht völlig der Zalung gleich — L. 4 qui pot. in pign. 20, 4 — und muß daher sowol bei der Correalität als bei bloser Solidarität immer sämmtliche Schuldner befreien.

Digitized by Google

feststehend ansehen, daß die Compensation blos dann eintritt, wenn der Gegengläubiger erklärt, seine Forderung compensando aufrechnen zu wollen[110]). Diese Erklärung kann aber natürlich nur von ihm selbst, nicht von einem Andern mit Wirksamkeit geschehen, (weil eben nur er selbst und nicht ein Anderer darüber zu entscheiden hat, ob und wie er seine Rechte ausüben will), und es ist schon als eine billige Rücksicht zu betrachten, wenn man dem Bürgen gestattet hat, eine Gegenforderung des Hauptschuldners[111]), dem correus socius eine Gegenforderung des andern correus socius zur Compensation zu benuzen.

Endlich hat man sich auch ganz unnötige Schwierigkeiten mit dem pactum de non petendo gemacht[112]). Bezüglich desselben gelten bei Correalverhältnissen bekanntlich folgende Säze: Ein pactum de non petendo in personam, d. h. ein solches, dem nur eine ganz individuelle Beziehung auf die Person eines der Paciscenten oder beider gegeben ist, nüzt und schadet gerade nur dieser bestimmten individuellen Person, so daß nicht einmal deren Erben davon Vorteil oder Nachteil haben, noch viel weniger natürlich ein correus, selbst wenn er mit dem Paciscenten in einem Societätsverhältnisse stehen sollte[113]). Ist dagegen das pactum in rem, d. h. ohne solche per-

110) Vgl. Dernburg die Compensation S. 291 ff.
111) L. 4, 5 de compens. 16, 2.
112) Namentlich Brinz krit. Bl. IV S. 31 f.
113) Vgl. L. 22, 25 § 1, L. 40 pr., 57 § 1 de pactis 2, 14.

Digitized by Google

sönliche Beschränkung abgeschlossen; so muß man unterscheiden, ob es von einem correus credendi oder von einem correus debendi geschlossen wurde. Auf das von einem Correalschuldner geschlossene pactum kann sich der andere dann, aber auch nur dann berufen, wenn unter den correi eine societas besteht[114]). Wenn dagegen einer von zwei Correalgläubigern ein pactum de non petendo mit dem Schuldner eingeht, so kann daraus niemals dem andern eine exceptio entgegengehalten werden, einerlei ob er socius des pacifcirenden ist oder nicht[115]).

Diese Grundsäze hat man vom Standpunkte der herrschenden Auffassung der Correalität bedenklich gefunden. Man hat gemeint, wenn bei Correalverhältnissen nur Eine obligatio anzunehmen, so müsste eigentlich ein pactum de non petendo in rem immer für und gegen alle correi wirken, und es ist daher die beschränkte Wir-

114) L. 25 pr. de pactis 2, 14 (worin, wie schon öfter bemerkt worden ist, das „sociis" ebensowol auf „duobus reis promittendi", als auf „duobus argentariis" bezogen werden muß), — L. 34 § 11 de solut. 46, 3, (welche eine interessante Anwendung des Sazes enthält, daß abgesehen von einer Societät das pact. de non pet. eines correus debendi dem andern nichts nüzt. An ein pactum in personam wird man hier schwerlich denken dürfen („perpetua exceptione" !), obwol es heißt : „ne ab eo peteretur"). Vgl. auch L. 21 § 5 de pactis 2, 14 und L. 9 § 1 h. t. 45, 2.

115) L. 27 pr. de pactis 2, 14 (worüber Savigny Obl. I S. 173 ff.), vgl. L. 93 pr. de solut. 46, 3. — Bezüglich der ganzen im Texte gegebenen Darstellung s. Savigny S. 172 ff., Vangerow III S. 103 ff.

Digitized by Google

kung selbst des pactum in rem schon geradezu als ein „Nothbehelf" bezeichnet worden[116]). Allein, fasst man die Natur und Bedeutung des pactum de non petendo genauer ins Auge, so sind diese Bedenken gewiß nicht gerechtfertigt.

Das pactum de non petendo berührt das Forderungsverhältniß selbst juristisch ganz und gar nicht, sondern der Gläubiger verspricht dadurch nur, den andern Paciscenten während gewisser Zeit nicht, oder überhaupt nicht weiter durch Aufforderung, namentlich durch Klage zu behelligen (was denn eben den unveränderten Fortbestand der Forderung selbst notwendig voraussezt). Jeder gegen das pactum verstoßenden Klage kann eine exceptio pacti entgegengesezt werden[117]). Ob nun aber eine Klage gegen das pactum verstoße, wem demnach und gegen wen die exceptio zustehe, das ist nach dem Inhalte des pactum zu bestimmen. Hat der Gläubiger ein von seiner Seite rein persönliches pactum geschlossen, also versprochen, daß er für seine individuelle Person nicht fordern wolle: so kann natürlich seinen Erben das pactum nicht entgegengehalten werden, auch schon deshalb nicht, weil in einem pactum von der Art, wie das genannte, zugleich stillschweigend eine Beschränkung auf gewisse Zeit, nämlich auf die Lebenszeit des Gläubigers

116) Brinz Krit. Bl. IV S. 31.

117) Vgl. Scheurl Beiträge II S. 16 ff. Vangerow III S. 107 f., 395 f. . Die Einwendungen von Arndts krit. Ueberschau II S. 154 ff. scheinen mir nicht treffend und auf einer Nichtscheidung des juristischen Standpunktes vom ökonomischen zu beruhen.

Digitized by Google

liegt. Hätte dagegen der Gläubiger versprochen, daß überhaupt nicht weiter gefordert werden solle (pactum in rem rücksichtlich des Gläubigers): so ist auch gegenüber der Klage seiner Erben die exceptio begründet, aber natürlich nicht gegenüber der Klage eines etwaigen correus, weil man durch seine Handlungen nicht Andern die Hände zu binden vermag. Und dies ist natürlich nicht minder der Fall, wenn zwischen dem Paciscenten und dem andern Correalgläubiger ein Societätsverhältniß besteht, weshalb selbst dann gegen den leztern das pactum nicht angerufen werden kann. Hat sich umgekehrt Jemand durch ein pactum de non petendo versprechen lassen, daß gerade blos von ihm nicht gefordert werden solle, so steht die exceptio auch nur einer unmittelbar gegen seine Person gerichteten Klage im Wege; die Erben und Bürgen können sie nicht vorschüzen, die erstern auch besonders wieder aus dem Grunde nicht, weil ein solches pactum eine stillschweigende Zeitbeschränkung in sich trägt. Ist hingegen versprochen worden, der Gläubiger wolle überhaupt die Forderung nicht geltend machen, so ist die exceptio gegen jede Klage begründet, wodurch der Paciscent oder sein Erbe wegen der Forderung behelligt wird, sei dies nun unmittelbar durch eine gegen ihn selbst gerichtete Klage, sei es auch blos mittelbar durch Belangung von Personen, welche gegen ihn Ansprüche auf Schadloshaltung haben. Werden Personen ohne Regreßansprüche gegen den Paciscenten beklagt, so kann die exceptio nicht gebraucht werden, weil dem Paciscenten deren Belangung oder Nichtbelangung ganz gleichgültig sein kann. M. a. W.

Digitized by Google

auf ein pactum in rem kann sich Jeder berufen, an dessen Nichtbelangung der Paciscent ein eigenes Interesse hat [118]).

Eine Anwendung — und zugleich ein unverwerflicher Beweis für die Richtigkeit vorstehender Ausführung ist, daß sogar dem Bürgen ein pactum de non petendo (in rem) des Hauptschuldners nur dann zu Statten kommt, wenn er gegen diesen eine Regreßklage hat [119]).

Für Correalschuldner aber ergibt sich mit Notwendigkeit die Entscheidung, daß zwar das pactum eines correus socius auch den andern zur exceptio gegen die Klage des gemeinsamen Gläubigers berechtigt, weil er außerdem wegen der Societät vom Paciscenten (teilweisen) Ersaz verlangen, die Klage also in ihren Folgen immer diesen zugleich treffen würde [120]). Besteht aber keine Societät

118) L. 21 § 5 de pactis 2, 14 (worin aber nicht, wie bei Helmolt S. 152, interpungirt werden darf), — L. 23 eod. (Hier ist die Kriegel'sche Interpunction zu verbessern. Hinter „confideiussoribus proderit" muß ein Semikolon stehen und dann nach „interest" statt eines Punktes ein Komma).

119) L. 21 § 5 de pactis 2, 14 vgl. L. 32 eod., — L. 5 pr. de liber. leg. 34, 3.

120) Vgl. auch L. 3 § 3 de lib. leg. 34, 3. — Auf ähnlichen Grundsäzen beruhen die Entscheidungen in L. 34 pr. de receptis 4, 8 und L. 1, 14 ratam rem hab. 46, 8: Eine Conventionalstrafe oder eine Schadloshaltung, welche einem correus debendi versprochen ist für den Fall, daß die Forderung eingeklagt werde, ist durch Klage gegen den andern correus nur dann verfallen, wenn zwischen den correi eine Societät stattfindet. Vgl. auch L. 5 pr. si quis cantion. in iud. 2, 11 vbd. L. 1 § 3 de eo, per quem fact. 2, 10.

Digitized by Google

unter den correi, so kann auch das pactum de non petendo des einen dem andern nichts nüzen.

So sind denn die gesezlichen Entscheidungen höchst einfach und folgerichtig. Zugleich aber sieht man, daß die Erscheinungen, welche das pactum de non petendo bei Correalverhältnissen darbietet, uns durchaus keinen Aufschluß über die Natur dieser Verhältnisse selbst verschaffen. Sie sind mit der herrschenden Auffassung derselben ganz ebenso, wie mit jeder andern verträglich.

§ 16.

Von den Quellenaussprüchen, die man gegen die herrschende Auffassung anzuführen pflegt, haben wir wenigstens die bisher betrachteten als gänzlich unbeweisend erkennen müssen. Anders verhält es sich mit mehreren, die noch übrig sind, und zu deren Betrachtung wir nunmehr übergehen.

Hierher gehört zunächst der selten beachtete Saz, daß jeder einzelne correus debendi für sich einen besondern fideiussor stellen kann [121]). Dies allein freilich dürfte selbst vom Standpunkte der herrschenden Ansicht noch nicht besonders befremden. Denn der fideiussor haftet auch für die mora des Hauptschuldners. Da aber der correus und natürlich ebenso der von ihm gestellte fideiussor für die mora des andern correus nicht einzustehen braucht, so kann es, selbst wenn man eine objective Ein-

121) L. 6 § 1 h. t. 45, 2, — L. 40 de fideiuss. 46, 1. Vgl. auch Bekker processual. Consumption S. 229.

heit der obligatio annimmt, doch immer noch als nicht ganz gleichgültig betrachtet werden, für welchen der correi ein fideiussor eingetreten ist [122]). Allein, um mit der herrschenden Meinung zu reden, der fideiussor verpflichtet sich doch gewiß nicht blos für die besondere Gestaltung, welche die obligatio durch ihre subjective Beziehung auf Denjenigen erhalten kann, für den er sich verbürgt hat, sondern zunächst und hauptsächlich für die obligatio selbst in ihrem objectiven, eigentlichen Bestande. Eine Verbürgung für die blose subjective Beziehung allein wäre ohnehin gar nicht denkbar, weil dieselbe ja nichts Selbständiges, vom objectiven Bestande Trennbares und Ablösbares ist. Ist nun dies richtig, und geht man von der Voraussezung einer Einheit der obligatio bei Correalverhältnissen aus, so haben sich die von verschiedenen correi gegebenen Fidejussoren doch wesentlich alle für dieselbe obligatio verbürgt. Abgesehen von dem oben berührten Nebenpunkte sollte man daher erwarten, daß sie ganz in demselben

122) Aus dem gleichen Grunde ist es denn auch möglich und für den Gläubiger nicht ganz ohne Nuzen, daß sich Correalschuldner noch besonders für einander verbürgen. Vgl. auch L. 11 pr. h. t. 45, 2, welche man gewiß nicht mit Brinz Krit. Bl. IV S. 36 f. von einfachen Mitschuldnern versehen darf, die sich wechselseitig verbürgen. Die Worte: „actionem suam dividere si velit — neque enim dividere cogendus est —, poterit eundem ut principalem reum, item qui fideiussor pro altero exstitit, in partes convenire“ sowie der folgende Vergleich werden mit jener Annahme ganz sinnlos. Vgl. L. 21 § 4 de fideiuss. 46, 1. S. auch Helmolt S. 108 ff.

Digitized by Google

Verhältnisse zu einander stünden, wie mehrere Bürgen, die ein einziger Schuldner gestellt hat. Man sollte dies um so eher erwarten, wenn man, wie gleichfalls von Seite der herrschenden Meinung meistens geschieht, auch die obligatio des Bürgen und des Hauptschuldners als identisch betrachtet. Denn dies mit dem Obigen verbunden würde ergeben, daß in der That die von verschiedenen correi gestellten Bürgen, ganz wie mehrere Mitbürgen, Teilnehmer an derselben ungeteilten obligatio wären. Hienach müssten sie denn aber auch wie Mitbürgen behandelt werden, und namentlich müsste auch ihnen untereinander das beneficium divisionis zustehen. Davon wird uns jedoch in den Quellen gerade das Gegenteil gesagt. Der Gläubiger kann seine Klage unter sämmtliche Fidejussoren teilen, weil er ja auch die correi selbst jeden zum Teil belangen kann; zur Teilung genötigt werden kann er aber nur unter denjenigen Fidejussoren, welche gemeinsam für einen einzelnen correus eingetreten sind [123].

Will man nicht Singularitäten annehmen, welche zwar hier leicht begreiflich wären, die uns aber nirgends angedeutet sind, so möchte dies mit der herrschenden Auffassung schwerlich vereinbar sein. Dazu kommt nun noch ein Anderes. Die Verhaftung des fideiussor, lehrt man, dauert so lange fort, als die Hauptobligation besteht. Wenn nun der Gläubiger Erbe eines der Correalschuldner wird, so soll nach der gewöhnlichen Ansicht nicht die obligatio selbst ihrem objectiven Bestande nach, sondern nur

123) L. 51 § 2 de fideiuss. 46, 1.

Digitized by Google

deren subjective Beziehung auf den betreffenden correus beseitigt werden. Folglich müsste der von ihm gestellte fideiussor verhaftet bleiben, wovon uns wieder in den Quellen das Gegenteil gesagt ist [124]). Man wird sich freilich auf den auch von Paulus angegebenen Grund berufen, daß man doch nicht wohl für Jemand und zugleich bei ihm Bürge sein könne. Allein man dürfte dies nicht unnatürlicher finden, als daß Jemand seine eigene Schuld (d. h. das, was er selbst schuldig ist) einklagen könnte, was doch von der herrschenden Ansicht im Fall der confusio anerkannt wird. Ich komme sogleich auf das Verhältniß bei der confusio selbst zu sprechen; vorerst will ich noch einen Umstand berühren, den man stets als eines der hauptsächlichsten Bedenken gegen die herrschende Auffassung betrachtet hat.

Wenn ein correus den andern beerbt, so wird bekanntlich immer noch die eigene von der ererbten obligatio wohl unterschieden, was in praktischer Hinsicht nicht ohne Folgen ist [125]). Wie verträgt sich nun dieses mit der herrschenden Anschauung? Nach derselben müsste man sagen: ein und dasselbe Subject vereinigt jezt in sich zwei ganz verschiedene subjective Beziehungen zur obligatio.

124) L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1 verb.: sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse.

125) L. 13 h. t. 45, 2, — L. 5 de fideiuss. 46, 1 — L. 93 de solut. 46, 3. Daß das non, welches in § 2 dieser Stelle vor confunditur steht, vor das gleiche Wort in § 1 gesezt werden muß, ist schon öfter bemerkt worden und liegt auf der Hand.

Digitized by Google

Aber wie wäre dies denkbar? Es könnte höchstens vom Standpunkte Puchta's einigermaßen erklärt werden, wonach die in der hereditas iacens als fortdauernd fingirte Person des Erblassers auch nach dem Eintritte des Erben selbständig neben der eigenen Persönlichkeit des Erben fortbestände, so daß eigentlich nicht der Erbe, sondern immer noch der Erblasser das unmittelbare Subject der erbschaftlichen Rechtsverhältnisse wäre [126]). Wenn man aber dies, wie billig, leugnet und namentlich zugibt, daß bei erbschaftlichen Klagen die formula unmittelbar auf den Namen des Erben abgefasst wurde, [127]) was zu allem Ueberflusse auch gerade in einer der hierher gehörigen Stellen ausgesprochen ist [128]): so möchte sich doch schwer begreifen lassen, wie jezt noch zwei ganz verschiedene subjective Beziehungen zu derselben obligatio in dem nämlichen Subjecte nebeneinander bestehen könnten!

Ueber alle diese und ähnliche Bedenken gibt uns die herrschende Ansicht keinen Aufschluß. Ich will übrigens selbst auf die beiden zulezt besprochenen Gegengründe noch kein ganz entscheidendes Gewicht legen, denn am Ende ist doch nur eine große Schwierigkeit, aber keine Unmöglichkeit ihrer Vereinigung mit der herrschenden Auffassung vorhanden. (Ueberhaupt haben sich, wie man sieht, die

126) Puchta Vorlesungen II § 447.

127) Gai. IV, 34 Vgl. Keller Litiscont. S. 167 Anm. 3, Scheurl Beiträge I S. 37 f.

128) L. 93 pr. de solut. 46, 3 verb.: quod si intendat: „dari sibi oportere," vel ideo dari oportet ipsi, quod heres exstitit, vel ideo, quod proprio nomine ei deberetur.

Gründe wider bisher günstiger erwiesen als die Gründe für.) Eine wahre Unmöglichkeit ist dagegen zu behaupten in Bezug auf zwei andere Entscheidungen der Quellen, mit denen wir uns zum Schlusse noch beschäftigen müssen.

§ 17.

Wenn der Gläubiger Erbe eines der Correalschuldner wird, so werden nach einem ganz bestimmten Quellenzeugnisse die übrigen dadurch nicht frei, sondern der Gläubiger kann gegen sie seine Forderung fortwährend geltend machen[129]. Wie wird nun dies von der herrschenden Auffassung erklärt? Auch hier, sagt man, sei zwischen dem objectiven Bestande und der subjectiven Beziehung der obligatio zu unterscheiden. Die confusio hebe nur die subjective Beziehung der obligatio auf den betreffenden

129) L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1. Übrigens ist dabei noch ein Unterschied, ob die correi socii waren oder nicht. Im ersten Falle kann der Gläubiger, der den einen correus beerbt hat, von dem andern nicht mehr das Ganze, sondern nur noch den auf dessen Societätsanteil treffenden Betrag fordern, (es ist blos Versehen, wenn Vangerow III S. 103 sagt: „der belangte Schuldner behält sogleich seinen Societätsanteil zurück," — offenbar ist es umgekehrt.) Daß sich dieser Unterschied nur erklären läßt, wenn man von der herrschenden Ansicht bezüglich der Regreßfrage ausgeht, und daß demnach für diese Ansicht L. 71 pr. cit. neben L. 62 pr. ad L. Falc. 35, 2 einen der hauptsächlichsten Beweisgründe bildet, ist meines Wissens noch nicht beachtet worden. Wenigstens wird die Stelle bei Erörterung jener Frage weder von Savigny, noch von Vangerow berührt. (Eine andere wichtige Stelle hinsichtlich der Regreßfrage ist, beiläufig bemerkt, L. 10 § 10 de in rem verso 15, 3).

Digitized by Google

correus auf, woraus denn von selbst folge, daß blos dessen Person ausscheide, während die obligatio hinsichtlich der andern correi fortbestehe [130]).

Soll dies wirklich Erklärung und nicht blos Umschreibung sein, so ist also dadurch behauptet, daß die Confusion immer nur auf die subjective Beziehung der obligatio zu dem Gläubiger oder Schuldner wirke, die obligatio selbst aber in ihrem objectiven Bestande nicht berühre. So wird es denn auch wirklich von Manchen aufgefasst. Puchta [131]) unterscheidet zwei Klassen von Aufhebung der obligatio: „1) wirkliche Aufhebung der Obligatio selbst und unmittelbar, 2) blose Befreiung des Schuldners von dem Gläubiger, ohne daß mit der Obligatio selbst etwas vorgenommen wird. Dahin gehört die Confusion." Savigny [132]) sagt bezüglich der Confusion: „Indessen betrifft diese Tilgungsart nicht sowol das Dasein der Obligation an sich, als vielmehr die persönliche Beziehung derselben."

---

130) Dafür stüzt man sich auch auf den Wortlaut der L. 71 pr. de fideiuss.: Sed quum duo rei promittendi sint et alteri heres exstitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exemta confusa obligatione. Et puto, aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam — igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari. In diesen Worten ist jedoch keine Erklärung, sondern eben nur die zu erklärende Erscheinung selbst angegeben.

131) Vorlesungen II § 235. Vgl. Pand. §. 286 a. E.

132) Oblig. I S. 196.

Dies kann aber ohne Zweifel nur so verstanden werden, wie es Vangerow ausdrückt. Wenn der Gläubiger den Schuldner beerbe oder umgekehrt, so werde dadurch das Forderungsverhältniß an sich gar nicht berührt; nur entstehe eine thatsächliche Unmöglichkeit seiner Ausübung, da natürlich Niemand gegen sich selbst klagen, und eben so wenig an sich selbst Zalung leisten könne[133]. Hienach wäre es in der That sehr begreiflich, daß gegenüber den correi des beerbten Schuldners, bezüglich deren jenes Hinderniß der Ausübung nicht eingetreten ist, die obligatio nach wie vor geltend gemacht werden kann.

Es fragt sich blos, ob diese Auffassung der Confusion und ihrer Wirkung auch wirklich richtig und nach den Quellen statthaft ist. Hier wird aber eine eingehendere Untersuchung nicht zu vermeiden sein, da es an einer solchen meines Wissens noch immer gebricht[134].

Auf den ersten Blick scheint eine Betrachtungsweise, wie die geschilderte, gewiß nahe zu liegen, um so mehr, als sich danach das Verhältniß bei Correalobligationen auf das einfachste und natürlichste erklärt. Allein man darf nur einigermaßen näher zusehen, um sich zu überzeugen, daß eine solche Anschauung, wenigstens sofern sie auf alle Fälle der Confusion erstreckt werden wollte, ganz und gar unhaltbar ist. Vor allem wird sie nirgends in den Quellen ausgesprochen, sondern die Wirkung der con-

---

133) Vgl. Vangerow III S. 103. S. auch Gai. IV, 78 in fin.

134) Auch mag eine Klarstellung dieses Punktes dazu beitragen, eine richtige Einsicht in die Natur der Erbfolge zu befördern.

Digitized by Google

fusio wird darin vielmehr häufig mit der solutio oder acceptilatio verglichen [135]). Ueberdies aber sind viele Entscheidungen mit jener Anschauung geradezu unvereinbar. Der Umstand freilich, daß durch eine in der Person des Hauptschuldners eintretende Confusion der Bürge befreit wird, möchte sich wol noch erklären lassen. Man könnte sagen, es würde doch widersinnig sein, eine Forthaftung des Bürgen, dessen Eintreten ja nur die Sicherung des Gläubigers wegen seiner Forderung bezweckt habe, auch dann noch anzunehmen, wenn der Gläubiger gar keiner Sicherung mehr bedürfe, oder wenn gar der Gläubiger sich selbst gegenüber gesichert werden müsste. Der Entscheidungsgrund wäre zwar ein nicht ganz streng juristischer, aber doch gewiß ein naheliegender, und wird überdies auch in den Quellen angewendet, welche die Befreiung des Bürgen darauf zurückführen, „quod nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse" [136]).

Hinsichtlich vieler anderer Entscheidungen aber verlässt uns ein solcher Ausweg. So kann die confundirte

135) Vergleich mit der solutio: African. in L. 21 §. 5 de fideiuss. 46, 1, — L. 33 solut. mat. 24, 3; Terentius Clemens in L. 21 § 1 de lib. leg. 34, 3; Papinian. in L. 50 de fideiuss. 46, 1, — L. 95 § 2 de solut. 46, 3; Paul. in L. 41 de evict. 21, 2, — L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1. Vergleich mit der acceptilatio: Pompon. in L. 107 de solut. 46, 3; Modestin. in L. 75 eod.

136) L. 21 § 3 de fideiuss. 46, 1 (African.), — L. 71 pr. eod. (Paul.), — L. 34 § 8 de solut. 46, 3 (Iul.) Vbb. L. 56 § 1 de fideiuss. 46, 1. Vgl. auch L. 19 pr. ad SC. Vell. 16, 1, — L. 38 § 1 de fideiuss. 46, 1, — L. 2 C. de solut. 8, 43.

Digitized by Google

Forderung nicht mehr cedirt werden, was nach jener Auffassung offenbar möglich sein müsste [137]); dem suus heres, der von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht, müssen die consundirten Forderungen besonders restituirt werden [138]); wird einem Erben nach dem Erbschaftsantritte die Erbschaft wegen Unwürdigkeit entrissen, so sind und bleiben die confundirten Forderungen erloschen, — nur ausnahmsweise werden sie ihm durch Restitution zurückgegeben („nec improbe confusam actionem reddi postulaturum") — [139]); wenn der mit einem Universalfideicommiß belastete Erbe vor der Restitution einen Erbschaftsschuldner beerbt, so kann dem Universalfideicommissar durch die Restitution die confundirte Klage (troz des SC. Trebellianum!) nicht mehr verschafft werden, und er muß deshalb den treffenden Betrag vom Fiduciar „ex causa fideicommissi" fordern [140]), u. s. f.

§. 18.

Es bedarf keiner weiteren Bemerkung mehr, um zu

---

137) L. 20 de hered. vend. 18, 4. Die Stelle ist von African; es würde sich daher fragen, ob nicht, seit Antoninus Pius dem Erbschaftskäufer utiles actiones zugeschrieben hat (L. 16 pr. de pactis 2, 14), wenigstens bezüglich des im princ. leg. 20 cit. vorausgesezten Falls anders geurteilt werden müßte, was zur Entscheidung des jezt so lebhaft verhandelten Streites über die Natur der Cession wichtig sein dürfte.

138) L. 87 § 1 de acq. v. om. her. 29, 2.

139) L. 8, 17, 18 § 1 de his quae ut indign. 34, 9, — L. 29 § 1, 2 de iure fisci 49, 14.

140) L. 58 pr. ad SC. Trebell. 36, 1, vgl. L. 80 eod.

Digitized by Google

zeigen, daß die gedachte Auffassung der Confusion zum mindesten als durchgängige gewiß nicht richtig ist. Es fragt sich aber, ob sie nicht wenigstens für manche Fälle richtig ist, ob also der Confusion nicht etwa nach Verschiedenheit der Fälle eine Verschiedenheit der Wirkung beigemessen werde, so daß sie manchmal allerdings in der eben besprochenen Art wirke, manchmal dagegen, wie die Zalung oder Acceptilation, die obligatio selbst völlig beseitige. Diese Ansicht ist von Ribbentrop aufgestellt worden [141]), und ich selbst habe sie lange Zeit für sehr wahrscheinlich gehalten. Nicht nur scheint es, daß eine derartige Unterscheidung notwendig sei, um die obenberührten Quellenaussprüche einerseits, das Verhältniß bei Correalobligationen andererseits zu erklären, sondern die Quellen selbst scheinen mehrfach auf eine solche doppelte Auffassung der confusio hinzudeuten [142]). Dennoch muß man dieselbe

---

141) Correalobligationen S. 24 Anm. 3, S. 270 Anm. 3. Vgl. auch Göschen Vorles. § 461, Mühlenbruch, Lehrbuch § 479, Molitor Les obligations en droit Romain. T. III (Gand 1853) p. 309 ss.

142) L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1 (Paul.) verb.: ubi successit creditor debitori, vel — uti solutionis iure — sublata obligatione, etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed quum duo rei promittendi sint et alteri heres exstitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exemta confusa obligatione? (Daß so gelesen werden muß, wie hier geschehen: vel — uti solutionis etc. — — vel quia, so daß das erste vel dem zweiten entspricht,

bei genauerer Betrachtung zurückweisen. Abgesehen davon, daß schon von vornherein die Annahme einer verschiedenen Wirkung desselben Ereignisses etwas Mißliches hat, ergibt sich sofort die Frage: wann soll denn die eine, wann die andere Wirkung stattfinden? Ribbentrop gibt darauf die Antwort: die confusio wirke solutionis potestate, wenn nur Ein Gläubiger und Ein Hauptschuldner vorhanden sei. Die andere Behandlung dagegen trete bei einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern, also bei Correalobligationen ein, weil hier jene Entscheidung eine willkürliche sein würde. Allein dieser letzteren Behauptung fehlt es nicht nur an jeder Begründung, sondern die ganze Beantwortung selbst ist offensichtlich so sehr blos mit Rücksicht auf das Verhältniß bei der Correalität zurechtgeschnitten, daß sie in dieser Gestalt schwerlich befriedigen kann. Ribbentrop sagt, bei einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern habe man die Confusion nicht solutionis potestate wirken lassen, weil dies unangemessen gewesen sein würde. Allein, daß es bei Vorhandensein nur Eines Gläubigers oder Hauptschuldners in allen Fällen angemessen sei, hat Ribbentrop selbst nicht behauptet; er meint nur, „im allgemeinen" verhalte es sich so. Wenn es aber außer den Correalobligationen noch Fälle gibt, in denen jene Behandlung sich als un-

---

und nicht: veluti solutionis etc., ist unzweifelhaft, weil es sonst an allem logischen Zusammenhange fehlt). S. auch L. 95 § 2 de solut. 46, 3, — L. 50 de fideiuss. 46, 1 (beide von Papinian), L. 21 § 5 eod. (African.).

angemessen herausstellt, so müsste man, soll anders das abweichende Verfahren bei Correalverhältnissen nicht vollkommen willkürlich erscheinen, offenbar statt der obigen folgende Regel aufstellen: Ob der confusio die eine oder die andere Wirkung zukommt, bemisst sich immer danach, was im einzelnen Fall angemessen und billig ist. Allein dass die Regel so gefasst in den Quellen nicht begründet ist, zeigt ein einfacher Blick auf die oben angeführten Beispiele und wird vollends ausser Zweifel gesezt durch L. 59 pr. ad SC. Trebell. 36, 1. In dem darin besprochenen Fall lagen gewiss weit dringendere Gründe vor, kein Erlöschen der Forderung anzunehmen, als bei Correalverhältnissen. Dennoch wird auf das bestimmteste gesagt, die obligatio sei durch den (ex SCto Pegasiano erzwungenen!) Erbschaftsantritt getilgt, und es wird sogar gezweifelt, ob nicht das für die Forderung bestellte Pfandrecht erloschen, da nicht einmal eine naturalis obligatio mehr vorhanden sei („Aditione quidem hereditatis confusa obligatio est, videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione"). Doch entscheidet sich Paulus offenbar unter dem Einflusse von Billigkeitsrücksichten, wie der weitere Verlauf der Stelle deutlich zeigt, dafür, das Pfandrecht als fortdauernd anzuerkennen, weil ja — wie er argumentirend aus der formula der Pfandklage meint — die Schuld eben doch nicht bezalt sei. Wegen des Pfandrechtes bleibe denn also im gegebenen Fall auch eine naturalis obligatio bestehen („Verum est enim, non esse solutam pecuniam, — — remanet ergo propter pi-

Digitized by Google

gnus naturalis obligatio"). Darin liegt zugleich die bestimmte Entscheidung, daß abgesehen vom Pfandrecht die obligatio völlig, und selbst ihrem naturalen Bestandteil nach durch die Confusion getilgt sein würde.

§ 19.

Auch diese zweite Auffassung ist also nicht haltbar, und wir werden wieder auf eine einheitliche Wirkung der confusio zurückverwiesen. Wie ist nun aber diese Wirkung? Ein neuerer Schriftsteller, Girtanner[143]), hat darüber folgende Ansicht aufgestellt: Die Aufhebung einer obligatio durch Confusion gründe sich auf eine eigentliche Zalung. Es werde nämlich als Pflicht des Hauptschuldners, der den Gläubiger beerbe, angesehen, daß er im Namen dieser Erbschaft (als negotium derselben) die Forderung von sich beitreibe, — ebenso gelte als Pflicht des den Hauptschuldner beerbenden Gläubigers die Befriedigung auch dieser ihm selbst zustehenden Forderung. Da aber die Erfüllung dieser Pflicht lediglich von dem Erben abhänge, durch seinen blosen Willen geschehe, so nehme das Recht sie sofort als erfüllt an. Jene Pflicht sei aber abzuleiten aus der Eigenschaft des Erben als Vertreters der fingirten Persönlichkeit, welche das Recht der hereditas iacens beilege. Als Vertreter der Erbschaft müsse er unter anderm auch die Forderungen derselben beitreiben — auch von sich selbst und die Schulden tilgen — auch an sich selbst.

143) Die Bürgschaft S. 504 ff.

Girtanner nimmt es mit seiner Ansicht so ernstlich, daß er sogar für nötig hält, auf Bedenken zu antworten, welche etwa aus einer Insolvenz der Erbschaft und aus dem Gebrauche des beneficium inventarii abgeleitet werden könnten. Für die Richtigkeit derselben beruft er sich aber teils auf einige der oben (Anm. 135) schon angeführten Stellen, worin die confusio mit der Zalung zusammengestellt wird, teils auf manche Bestimmungen, welche, wie er meint, außerdem unerklärlich bleiben müssten. So vor allem auf die vorhin besprochene L. 59 pr. ad SC. Treb.. Die Forderung des Fiduciars gegen den Erblasser erlösche deshalb nicht, weil der Erbe, der die Erbschaft restituiren müsse, nur für diesen Zweck als Vertreter zu betrachten sei, und es sonach nicht für seine Pflicht (als Vertreter) angesehen werden könne, an sich selbst Zalung zu leisten [144]). Ferner führt Girtanner an: L. 41 § 2 de evict. 21, 2, — L. 1 § 18 ad L. Falc. 35, 2, — L. 11 mandati 17, 1, — L. 33 sol. matrim. 24, 3. Der naheliegende Einwand, wie sich denn aber von dieser Ansicht aus das Verhalten der con-

144) Freilich muß Girtanner S. 508 Anm. 33 selbst zugeben, daß Paulus seine Entscheidung „etwas anders begründe“ und nur wegen des Pfandes eine naturalis obligatio fortbestehen lasse. Ferner sollte man meinen, wenn je, so müsste doch gerade in dem Falle, den diese Stelle im Auge hat (es handelt sich um einen gezwungenen Erbschaftsantritt!), der Fiduciar als Vertreter der Erbschaft, wenn nicht für verpflichtet, so doch wenigstens für berechtigt erachtet werden, sich aus derselben vor der Restitution bezalt zu machen. Ich komme auf die Stelle noch unten zurück.

Digitized by Google

fusio bei Correalverhältnissen erkläre, wird damit zu beseitigen gesucht, daß der Gläubiger, der einen der Correalschuldner beerbe, unmöglich als verpflichtet angesehen werden könne, die Schuld gerade aus dessen Erbschaft zu bezalen. Wie er vorher die Wal zwischen den Schuldnern gehabt, so müsse er sie auch noch nachher haben.

Es ist nicht zu leugnen, daß diese Darstellung eine sehr scharfsinnige ist, aber dennoch kann man ihr bei genauerer Prüfung nicht beitreten. Vor allem ist der Gesichtspunkt, daß der Erbe als verpflichtet erachtet werden müsse, die Forderungen der Erbschaft von sich selbst beizutreiben und die Schulden der Erbschaft auch an sich selbst zu bezalen, doch gewiß ein sehr künstlicher und gezwungener. Und namentlich eine Verpflichtung des Erben, seine Forderungen gegen die Erbschaft beizutreiben, läſſt sich sogar juristisch kaum rechtfertigen. Es ist freier Wille des Gläubigers, ob er von seinem Schuldner fordern will oder nicht; warum soll ihm nun diese Freiheit entzogen werden, wenn er selbst Erbe des Schuldners wird? Warum soll er eine Freiheit, die er Andern gegenüber hat, nicht sich selbst gegenüber haben? Ueberdies kennt ja Girtanner doch wieder Fälle, in denen jene Verpflichtung nicht vorhanden sei; warum soll sie in dem einen Fall eintreten, in dem andern nicht? Was Girtanner zur Rechtfertigung des Unterschiedes beibringt, besonders in Bezug auf L. 59 pr. ad SC. Treb., ist durchaus willkürlich und unbegründet.

Um nun aber auf das eigentlich entscheidende Gebiet, die Aussprüche der Quellen zu kommen, so ist mir,

Digitized by Google

obschon nach der Natur des in Frage stehenden Verhältnisses die Auffassung als Zalung gewiß in den meisten Fällen sehr nahe liegt, und wir uns demnach gar nicht wundern dürften, wenn wirklich in manchen Stellen die confusio geradezu als Zalung dargestellt würde, — so ist mir demungeachtet auch nicht eine einzige Stelle bekannt, worin dies der Fall wäre[145]. In allen oben (Anm. 135)

145) L. 95 § 8 de solut. 46, 3, worauf sich Girtanner an erster Stelle beruft, und worin es allerdings heißt: „neque enim ipsum sibi solvisse pecuniam credendum est, a quo hereditas evincitur," redet näher betrachtet gar nicht von einer Confusion. Der Fall ist dieser: Der Gläubiger ist im Besitze der Erbschaft des Schuldners, und zwar ist so viel in seine Hände gekommen, als seine Forderung beträgt. Es fragt sich, ob dieselbe getilgt, die Bürgen also befreit seien. Papinian entscheidet: wenn irgend ein anderer Besitzer der Erbschaft (bonorum possessor) an den Gläubiger gezält habe, so werde allerdings der Erbe und damit auch der Bürge frei. Allein wenn der Gläubiger selbst zugleich Erbschaftsbesitzer sei, so könne man nicht annehmen, daß er an sich selbst gezalt habe, und werde ihm daher später die Erbschaft evincirt, so könne er immer noch seine Forderung gegen den Erben, wie gegen die Bürgen geltend machen. Diese Entscheidung spricht sogar eher gegen, als für Girtanner; denn der Gedankengang Papinian's ist wol ohne Zweifel der: wenn der Gläubiger wirklicher Erbe würde, so könnte man nicht annehmen, daß er sich selbst bezale, folglich kann man es auch nicht, wenn er im Besitze der Erbschaft ist und sich für den Erben hält. Vgl. § 2 init. eod. Die Stelle wird noch bedeutender, wenn die Vermutung richtig ist, daß Papinian nicht einen gewöhnlichen Erbschaftsbesitzer sondern einen eigentlichen bonorum possessor voraussezt, dessen B. P. dem heres gegenüber sine re ist, und der deshalb auf dessen hereditatis petitio die Erbschaft herausgeben

Digitized by Google

angeführten Stellen wird die confusio nur bezüglich ihrer Wirkung mit der solutio verglichen; es heißt überall nicht, daß sie eine solutio sei, sondern blos sie wirke. „uti solutionis iure“, „ac si soluta fuisset pecunia“ (L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1), „solutionis potestate“ (L. 50 eod.); „pro solutione cedit“ (L. 95 § 2 de solut. 46, 3); „confusione perinde exstinguitur obligatio, ac solutione“ (L. 21 § 1 de lib. leg. 34, 3); „quasi soluta pecunia“, „tamquam ipsa hereditas heredi solverit“ (L. 41 de evict. 21, 2); „quasi ipse a se exegerit“ (L. 21 § 5 de fideiuss. 46, 1).

Beweist nun schon eben die Vergleichung mit der Zalung, daß die confusio nicht selbst Zalung ist, so wird uns überdies in L. 59 pr. ad SC. Treb. 36, 1 ausdrücklich gesagt, die confundirte Schuld sei nicht gezalt („verum est enim, non esse solutam pecuniam“) und daraus werden sogar praktische Folgen abgeleitet. Girtan-

———

muß. Ich bin aber zu dieser Vermutung geneigt, weil Pap. geradezu den Ausdruck bonorum possessor gebraucht und durch dessen Zalung an den Gläubiger eine Befreiung des heres eintreten lässt, was auch in der That bezüglich des eigentlichen bonorum possessor sehr warhscheinlich ist, während uns vom blosen Besizer des Nachlasses, selbst dem gutgläubigen, mehrfach gesagt wird, daß Zalung von seiner Seite an den Erbschaftsgläubiger den Erben nicht befreie. Vgl. L. 31 pr. de H. P. 5, 3 (Ulp.) — L. 38 § 2 de solut. 46, 3 (African), — L. 19 § 1 de condict. ind. 12, 6 (Pompon), welche Stelle ebenfalls noch (a contrario) auf den oben für den bonorum possessor behaupteten Saz hindeuten dürfte. Vgl. Leist die Bonorum Possessio II Abt. 2 S. 202 Anm. 1, S. 229 f.

8*

Digitized by Google

ner behauptet zwar, daß in dieser Stelle aus besondern Gründen die confusio nicht die gewöhnliche Wirkung habe, allein diese Gründe sind durchaus unstichhaltig. Ich komme sogleich noch näher auf die Stelle zurück.

Man sieht, die unmittelbaren Aeußerungen der Quellen über die confusio sind der Girtanner'schen Ansicht nicht sehr günstig. Noch viel weniger lassen sich aber damit sämmtliche quellenmäßigen Entscheidungen erklären. Ich berufe mich hier vor allem auf die eben genannte L. 59 pr. ad SC. Trebell. 36, 1: Der eingesezte Erbe soll die Erbschaft als Universalfideicommiß restituiren und lässt sich zum Erbschaftsantritt ex SCto Pegasiano zwingen. Unvorsichtiger Weise hat er vor dem Antritt eine ihm gegen den Erblasser zustehende Forderung nicht geltend gemacht, besizt jedoch wegen derselben ein Pfand, und es fragt sich nun, wie es sich mit dem Pfandrecht verhalte. Die Entscheidung geht dahin, es sei als fortbestehend zu betrachten. Diese Entscheidung hat nun freilich gerade auch Girtanner an erster Stelle für sich angeführt. Der Erbe, der die Erbschaft restituiren müsse, sei eben nur für diesen Zweck als Vertreter anzusehen und könne daher allerdings nicht verpflichtet sein, an sich selbst Zalung zu leisten. So erkläre sich denn das Fortbestehen der Forderung und des Pfandrechtes im gegebenen Falle gar wohl; es erkläre sich aber auch blos von der Ansicht aus, daß in der Regel der Erbe zur Tilgung der Erbschaftsschulden sogar an sich selbst verpflichtet und somit die Confusion eine wahre Zalung sei. Allein abgesehen von der schon früher gerügten Willkürlichkeit der

Digitized by Google

Annahme, daß in Fällen, wie der genannte, der Erbe nicht zur Zalung an sich selbst verbunden oder doch wenigstens berechtigt sei, widerspricht denn doch die Girtanner'sche Begründung dem Gedankengange der Stelle ganz und gar, und lässt sich nicht einmal mit der nackten Entscheidung vereinigen. Paulus sagt, die Forderung bestehe als naturalis obligatio fort; vom Standpunkte Girtanner's müsste sie aber offenbar ganz unverändert fortbestehen, der Erbe also wegen derselben sogar gegen den Fideicommissar klagen können! Paulus sagt aber ferner, die naturalis obligatio bestehe blos wegen des Pfandrechtes fort, womit denn deutlich ausgesprochen ist (was überdies im Eingang der Stelle mit dürren Worten zu lesen), daß ohne das Pfandrecht die Forderung, selbst unter den gegebenen Umständen völlig und unrettbar verloren sein würde. Es bedarf wol keines Weiteren, um die völlige Unstatthaftigkeit und Unhaltbarkeit der Erklärung Girtanner's darzuthun. Erkennt man aber an, daß die Ausnahme von der Regel in unserer Stelle nicht aus dem von Girtanner angegebenen Grunde, sondern blos wegen des Pfandrechtes eintrete, so liefert die Stelle, wie schon bemerkt, sogar einen unmittelbaren und durchaus entscheidenden Beweis gegen Girtanner's ganze Ansicht über die confusio. Denn eben daraus, daß die confusio die Forderung zwar an sich völlig tilge, daß sie aber denn doch jedenfalls keine Zalung enthalte („verum est enim, non esse solutam pecuniam") folgert der Jurist (mit Rücksicht auf die Fassung der formula der Pfandklage), daß

man eine Fortdauer des Pfandrechtes anerkennen und eben deshalb im gegebenen Fall ausnahmsweise annehmen könne, die Schuld bleibe als naturalis obligatio bestehen.

Dazu kommt, daß Girtanner durch seine Auslegung der L. 59 pr. cit. geradezu in Widerspruch gerät mit L. 58 pr. eod. Ein Erbe, der drei Viertel der Erbschaft restituiren soll, wird vor der Restitution Erbe eines Erbschaftsschuldners. Die Forderung sei erloschen, sagt Papinian, und könne selbst durch die Vorschrift des SC. Trebellianum, daß der Universalfideicommissar zufolge der Restitution die Erbschaftsklagen unmittelbar wie ein Erbe haben solle, nicht wieder ins Leben gerufen werden („quoniam actio eo confusa per Trebellianum redintegrari non potest"). Deshalb müsse der Universalfideicommissar die ihn treffenden drei Vierteile des Betrages ex causa fideicommissi fordern. — Wenn der Erbe, der die Erbschaft restituiren muß, nur für diesen Zweck als Vertreter anzusehen ist, und darum nicht für verpflichtet erachtet werden kann, an sich selbst Zalung zu leisten: so kann er gewiß auch nicht für verpflichtet erachtet werden, die Schuld eines von ihm später beerbten Erbschaftsschuldners an die Erbschaft zu bezalen. Im Gegenteil wäre er gewiß eher verpflichtet, diese Schuld nicht zu tilgen, um dem Universalfideicommissar die ursprüngliche Forderungsklage zu erhalten, die ihm wegen der etwa damit verbundenen Vorteile (Privilegien, Pfänder, Bürgen) und schon wegen des beneficium separationis leicht vorteilhafter sein kann als die blose Fideicommißforderung gegen den Fiduciar.

Digitized by Google

Ganz ebenso verhält es sich im Fall der L. 20 pr. de her. v. act. vend. 18, 4[146]). Auch in L. 21 § 1 de lib. leg. 34, 3 möchte eine Verpflichtung des Erben, an sich selbst zu zalen, nur in sehr gezwungener Weise zu statuiren sein. Gar nicht passt dieser Gesichtspunkt in Bezug auf L. 87 § 1 de acq. v. om. her. 29, 2: Ein suus heres abstinirt. Gewiß kann man hier weder sagen, er sei verpflichtet gewesen, an sich zu zalen, noch auch, er habe an sich gezalt; denn er verlangt ja eben Restitution der confundirten Forderung, um zu seiner Bezalung zu gelangen. Endlich will ich mich noch auf eine Stelle berufen, an welcher Girtanner's Ansicht, und zwar die Annahme sowol einer Verpflichtung zur Zalung, als einer wirklich erfolgten Zalung vollkommen scheitern muß. Ich meine L. 34 § 8 de solut. 46, 3.

> Iulian. l. 54 Dig.: — Quidam filiumfamilias, a quo fideiussorem acceperat, heredem instituerat. Quaesitum est, si iussu patris adiisset hereditatem, an pater cum fideiussore agere posset. Dixi, quotiens reus satisdandi reo satis accipiendi heres existeret, fideiussores ideo liberari: quia pro eodem apud eundem debere non possent.

Wenn der Haussohn eine ihm deferirte Erbschaft auf Geheiß des Vaters antritt, so wird gar nicht er selbst eigentlicher Erbe und, um mit Girtanner zu reden, Vertreter der Erbschaft, sondern die Erbschaft geht gleich=

146) Afric.: Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex emto teneberis.

sam nur durch ihn hindurch und sofort auf den Vater über, so daß dieser durch den Antritt des Sohnes der eigentliche und definitive Erbe wird. Eine Verpflichtung des Sohns also, als Vertreter der Erbschaft eine Forderung derselben von sich selbst beizutreiben, lässt sich hier gar nicht denken. Noch weniger ist aber eine wirklich erfolgte Zalung von Seite des Sohns an die Erbschaft anzunehmen; denn abgesehen von einem ihm eingeräumten peculium, welches wir doch in der Stelle nicht ohne weiteres voraussezen dürfen, hat er ja gar nichts, womit er zalen könnte. Ueberdies ergibt sich schon aus der Frage, ob gegen die Bürgen geklagt werden könne, daß eben keine Zalung geschehen. Demungeachtet wird eine Befreiung der Bürgen anerkannt; der Grund ist aber offenbar kein anderer, als daß durch Beerbung des Gläubigers von Seite des Schuldners die Forderung sofort und unwiederbringlich erloschen sei. Freilich beruft sich Julian auf einen andern Grund, und Girtanner selbst (S. 79 ff., 495 ff.) behauptet, das Erlöschen der Bürgschaftsverbindlichkeit gehe mit dem der Hauptverbindlichkeit nicht immer Hand in Hand. Allein Julian's Begründung dürfte denn doch der Sache nach auf das Obige hinauslaufen, und was Girtanner angeht, so leugnet er, wenn ich ihn recht verstanden habe, nur, daß man vom Erlöschen der Hauptschuld schon ohne weiteres auf das Erlöschen der Bürgschaft schließen dürfe, wird daher für unsere Stelle den umgekehrten Schluß von der Befreiung der Bürgen auf die Vernichtung der Hauptschuld schwerlich anfechten dürfen.

Digitized by Google

§ 20.

Daß die Auffassung der confusio als wirklicher Zalung nicht richtig, kann wol nach dem vorstehenden keinem Zweifel unterliegen. Sondern die Sache ist hienach einfach diese: Die confusio ist ein selbständiger Tilgungsgrund, der nur in der Art und Weise seiner Wirkung auf die obligatio der solutio gleichkommt, indem er, wie diese, die obligatio ipso iure und vollständig aufhebt, so daß auch nicht einmal eine naturalis obligatio zurückbleibt. Damit sind nun sämmtliche Entscheidungen unserer Quellen auf das ungezwungenste zu vereinigen, und es erhalten auch schon mehrere der Stellen, worin die confusio mit der solutio zusammengestellt wird, ihre einfache Erklärung [147]). Ein anderer Gesichtspunkt, der hier noch berücksichtigt und, um jene Stellen sämmtlich zu erklären, herbeigezogen werden muß, wird im folgenden Paragraphen angegeben werden. — Eine Bestätigung für die oben entwickelte Ansicht liegt endlich auch noch darin, daß, wie wir (Anm. 135) gesehen haben, die confusio nicht

---

147) Vgl. L. 21 § 1 de lib. leg. 34, 3, — L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1. — Uebrigens scheint es allerdings, als ob Papinian wenigstens für manche Fälle die confusio mehr in dem Sinn, wie Girtanner will, mit der Zalung verglichen hätte: vgl. L 95 § 2 de solut. 46, 3, — L. 50 de fideiuss. 46, 1. Indessen lassen sich die Folgen, die er daraus ableitet, eben so gut mit der im Text aufgestellten Ansicht unter Berücksichtigung des im folgenden Paragraphen zu Bemerkenden erklären.

Digitized by Google

allein mit der solutio, sondern auch mit der acceptilatio verglichen wird, welche ja — wenigstens für die spätere Anschauung — ebenfalls ein von der solutio verschiedener Tilgungsgrund war [148]). In L. 107 de solut. 46, 3 wird sogar die confusio nebst der acceptilatio als civiler Aufhebungsgrund der solutio und dem zufälligen Untergange des Schuldgegenstandes als naturalen Tilgungsarten entgegengesezt [149]).

Will man schließlich nach dem tiefern Princip fragen, worauf diese Wirkung der confusio zurückzuführen sei: so muß man sich nur vergegenwärtigen, daß durch den Erbschaftserwerb die erbschaftlichen Forderungen und Schulden nunmehr eigene Forderungen und Schulden des Erben werden, so daß namentlich die intentio der betreffenden Klagen stets auf seinen Namen gestellt wird [150]). Hienach verhält sich aber die Sache einfach so: Der Gläubiger, der den Schuldner beerbt, oder umgekehrt, wäre jezt Gläubiger und Schuldner in Einer Person. Da jedoch zu einer obligatio ihrem Begriffe und Wesen nach notwendig zwei Personen gehören, so ist durch das Zusammentreffen der beiden Forderungsseiten in derselben Person

148) S. oben § 8 bes. Anm. 50.

149) Ich will hier der Vollständigkeit wegen noch einige von der confusio handelnden Stellen namhaft machen, die jedoch über deren Natur keinen weitern Aufschluß geben, nämlich L. 2 § 18 de hered. vend. 18, 4, — L. 7 C. de pactis 2. 3,— L. 5 C. de action. hered. 4, 16.

150) S. oben Anm. 127 und 128.

Digitized by Google

eine wesentliche Daseinsbedingung der obligatio weggefallen, und diese muß daher notwendig ipso iure und vollständig erlöschen [151]).

§ 21

Hiemit könnte ich meine Untersuchung abschließen. Die Vollständigkeit erfordert aber, noch einen Punkt zu beachten, der das Wahre, was die Girtanner'sche Lehre hat, in das richtige Licht stellen, und dadurch mittelbar zu deren Widerlegung, sowie zur Befestigung der hier verteidigten Ansicht beitragen wird.

Die Erfüllung oder Nichterfüllung einer Forderung kann auch für Dritte einen gewissen Einfluß haben, sie kann auf Seite des Gläubigers oder des Schuldners oder auch beider gewisse Ansprüche (besonders Ersazansprüche) für oder gegen einen Dritten begründen. Wie verhält es sich nun mit diesen im Fall der Confusion? Hier immer ohne weiteres Nichterfüllung der Forderung anzunehmen, wäre offenbar ganz und gar unpassend. Der Gläubiger, der den Schuldner beerbt hat, und der dadurch

151) Es ist also dasselbe Princip, worauf auch die confusio bei dinglichen Rechten beruht, was zur Empfehlung der hier geltend gemachten Ansicht nicht unwesentlich beitragen dürfte. — Girtanner S. 507. sagt von dieser Erklärung, „sie sei allerdings leicht und bequem, es stehe ihr aber entgegen, daß man dann gezwungen sei, anzunehmen, mit Antritt der Erbschaft höre die bisher in der hereditas iacens ruhende Persönlichkeit auf, es sei unmöglich, sie dann noch als forterifstirend zu denken." Als ob dies ein Unglück wäre!

Digitized by Google

der Sache nach ganz in dieselbe Lage gekommen ist, als ob ihn der Schuldner vor seinem Tode bezalt hätte, sollte mit Berufung auf den rein formellen Grund, die Forderung sei nicht eigentlich erfüllt, einen Regreßanspruch etwa gegen einen Mandator haben? Das geht offenbar nicht an. Ueberdies dreht es sich bei solchen Ansprüchen Dritter und gegen Dritte regelmäßig blos um ein rein materielles und ökonomsches Verhältniß. Ein Dritter muß dem Gläubiger oder Schuldner den Schaden ersezen, der ihm durch Eingehung des Forderungsverhältnisses erwachsen ist, oder Jemand muß einem Andern allen Vorteil herausgeben, den er aus einem gewissen Ereignisse (z. B. Beerbung eines Dritten) gehabt hat, wozu denn auch der Ertrag von Forderungen gehören kann, u. s. w.; die formelle, juristische Gestaltung der Sache bleibt ganz außer Betracht.

Darum werden denn derartige Ansprüche auch bei der Confusion rein nach dem materiellen Sachverhalte bemessen. Es wird einfach nur darauf gesehen: Hat der Gläubiger, der den Schuldner beerbt hat, der Sache nach dasselbe, als ob eine eigentliche Zalung geschehen, oder hat er es nicht? Und ebenso nur umgekehrt hinsichtlich des Schuldners, welcher Erbe des Gläubigers wird. Lediglich nach dem Ergebnisse dieser Untersuchung werden die Ansprüche für oder gegen den Dritten bestimmt. Besonders deutlich zeigt sich das bei dem Verkaufe der Erbschaft. Die Absicht der Parteien ist, daß der Käufer der Sache nach ganz in die Lage kommen soll, als wäre er Erbe, daß ihm also der Erbe allen Vorteil, den er von

Digitized by Google

der Erbschaft hat, herausgeben, umgekehrt der Käufer aber auch dem Erben allen Nachteil aus der Erbschaft abnehmen soll. War nun der Erbe Schuldner des Erblassers, so ist er durch den Erbschaftsantritt von der Schuld befreit worden, hat also denselben Vorteil, als ob ihm die Schuld erlassen worden wäre. Er muß daher den Betrag dieses Vorteils dem Käufer ex emto erstatten [152]). War er dagegen Gläubiger des Erblassers, so hat er seine Forderung verloren, kann aber vom Käufer ex vendito Vergütung dieses Nachteils verlangen [153]).

In den meisten Fällen wird man nun sagen müssen: der Gläubiger, der den Schuldner beerbt, (oder umgekehrt) ist ökonomisch ganz in derselben Lage, als ob die Schuld bezalt worden wäre. Darum wird denn regelmäßig der Erfolg für Dritte gerade so bestimmt, als hätte eine wirkliche Zalung stattgefunden. Dies ist das Wahre, was der Ansicht Girtanner's zu Grunde liegt, ohne daß man doch deswegen mit Girtanner die Confusion als eine wirkliche Zalung zu betrachten braucht.

So erklärt sich nunmehr einfach, daß, wenn der Gläubiger Erbe des Schuldners wird, die Haftung des mandator aufhört, — daß der Fiduciar, welcher vor der Restitution einen Erbschaftsschuldner beerbt, dem Fideicommissar den treffenden Teil des Schuldbetrages ex causa fideicommissi leisten muß, — daß der Betrag einer Erbschafts-

---

152) L. 20 de hered. vend. 18, 4.

153) L. 2 § 18 de hered. vend. 18, 4 vgl. L. 45 de cond. ind. 12, 6.

Digitized by Google

forderung selbst dann in die quarta Falcidia eingerechnet wird, wenn der Schuldner Erbe geworden ist, — daß umgekehrt der Erbe sich nicht einrechnen zu lassen braucht, überhaupt Vermächtnißnehmern gegenüber nicht als Teil der Erbschaft zu behandeln braucht, was er selbst gegen den Erblasser — auch nur naturaliter — zu fordern hatte [154]). Damit hängt auch die Entscheidung in L. 41 § 2 de evict. 21, 2 zusammen, auf welche Girtanner bedeutendes Gewicht legt. A verkauft an B ein Grundstück und stellt ihm Bürgen wegen der Eviction. B verkauft das Grundstück an C. Er wird darauf Erbe des C, oder dieser wird sein Erbe, und nun mehr wird das Grundstück evincirt. Können die von A gestellten Bürgen belangt werden? Wäre der Todesfall nicht eingetreten, so müsste sich zuerst C an B halten; jezt erst wäre dieser von der Eviction betroffen und könnte daher den A oder dessen Bürgen in Anspruch nehmen. Wenn nun aber B Erbe des C geworden ist, oder dieser Erbe des B., so ist natürlich eine Klage des C gegen den B nicht mehr möglich, und man könnte darum zweifeln, ob auch jezt noch die Bürgen des A belangt werden könnten. Und gewiß, wenn aus andern Gründen die Klage des C gegen B wegfiele (z. B. wegen eines pactum de non praestanda evictione), so würde dieser offenbar von der Eviction

154) Vgl. L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1, — L. 58 pr. ad SC. Treb. 36, 1 — L. 1 § 18 ad L. Falc. 35, 2 vgl. L. 95 pr. eod., — L. 95 § 2 de solut. 46, 3 verb : aliquando pro solutione cedit rel. .

Digitized by Google

gar nicht betroffen, könnte also natürlich weder gegen A, noch gegen dessen Bürgen klagen [155]). Im vorliegenden Fall aber, wo der Grund des Wegfalls der Klage blos in der Beerbung des C durch B (oder des B durch C) besteht, ist B (oder der C als sein Erbe) doch der Sache nach in derselben Lage, als ob C von ihm wirklich Ersaz erhalten hätte. Danach ist er aber allerdings von der Eviction betroffen worden, und folglich muß die Klage gegen A oder dessen Bürgen statthaft sein [156]).

Auch die Erklärung der noch von Girtanner angeführten L. 11 mandati 17, 1 und L. 33 solut. matr. 24, 3 kann hienach keine Schwierigkeit mehr machen.

Obgleich es nun für die weitaus meisten Fälle richtig ist, daß bei eintretender Confusion ökonomisch dieselbe Sachlage obwaltet, als ob Zalung erfolgt und dann erst die Beerbung eingetreten wäre: so gibt es doch Fälle, in denen es sich anders verhält, und in solchen Fällen muß daher auch das Verhältniß dem Dritten gegenüber anders bestimmt werden. Wenn z. B. der Bürge Erbe des Gläubigers wird, so erleidet er keine Einbuße, weil die Hauptschuld durch jenes Ereigniß nicht aufgehoben wird [157]);

---

155) Vgl. auch princ. leg. 41 cit.

156) Daß dies materielle Verhältniß der Grund der Entscheidung, geht auch klar aus den Worten der Stelle (ratio quaedam rel.) hervor. Wir brauchen also gar keine „Fiction." (S. Girt. S. 509).

157) L. 21 § 3, L. 71 pr. fin. de fideiuss. 46, 1, — L. 43 de solut. 46, 3. Der Saz hängt mit dem ähnlichen bezüglich des Correalverhältnisses zusammen und beruht auf gleichen Gründen. Darüber unten § 33.

Digitized by Google

folglich hat er auch nicht aus seiner eigenen Person die Regreßklage, sondern er kann nur als Erbe des Gläubigers die Klage aus der Hauptforderung gebrauchen [158]). Ferner wenn der Erbe, der zugleich Gläubiger des Erblassers ist, sich ex SCto Pegasiano zwingen lässt, die Erbschaft anzutreten, so erlischt auch hier seine Forderung durch confusio; aber da er doch eigentlich nur dem Namen nach Erbe ist und die ganze Erbschaft sofort und unmittelbar an den Universalfideicommissar übergeht: so kann man natürlich hier nicht sagen, der Erbe sei der Sache nach in derselben Lage, als ob er bezalt wäre, und darum bleibt es billig, ihm, wo möglich, noch ein Mittel seiner Befriedigung zu gewähren. Aus dieser Erwägung ist die Entscheidung der mehrbesprochenen L. 59 pr. ad SC. Treb. 36, 1 geflossen. —

Ich glaube, als sicheres Ergebniß der vorstehenden Erörterungen hinstellen zu dürfen, daß durch confusio immer und in allen Fällen die obligatio ipso iure und vollständig getilgt wird, ganz wie es durch solutio oder acceptilatio geschieht [159]). Ist dies aber richtig, so er-

158) L. 21 § 5 de fideiuss. 46, 1. Die abweichende Entscheidung in L. 11 mandati erklärt sich daraus, daß in dem Fall dieser Stelle durch die Belangung des fideiussor die Hauptschuld schon aufgehoben war.

159) Daß sich die Gleichheit der Wirkung auf die gedachten beiden Punkte („ipso iure und vollständig") beschränkt, bedarf kaum einer Bemerkung. Es ist selbstverständlich, daß z. B. wenn der Gläubiger einen aus mehreren blos solidarisch verpflichteten Schuldnern beerbt, die übrigen nicht befreit werden.

Digitized by Google

gibt sich daraus von selbst, daß daran die herrschende Auffassung der Correalität notwendig und unrettbar scheitern muß. In der That, wenn die confusio auf die obligatio gleich der solutio oder acceptilatio wirkt, so ist klar, daß dadurch nicht blos die subjective Beziehung, sondern der objective Bestand der obligatio selbst betroffen wird, daß also vom Standpunkte jener Auffassung notwendig alle correi durch die in der Person eines derselben eintretende Confusion befreit werden müssten. Ein Ausweg, wenn man nicht etwa — an keiner Stelle angedeutete — Singularitäten annehmen will, ist nirgends ersichtlich[160].

---

160) Am wenigsten kann man einen solchen in der Erklärung von Brinz Krit. Bl. IV S. 31 erkennen: die confusio wirke bei Correalverhältnissen nur deshalb rein subjectiv, weil sie gleich der capitis deminutio ein Ereigniß sei, wogegen, nicht worin die Parteien Vertretung haben möchten. Denn wenn nur Eine obligatio vorhanden und dieselbe ihrem objectiven Bestande nach vollständig getilgt ist, wie es ja nach dem Obigen durch confusio geschieht, so kann doch von Vertretung hinsichtlich dieser obligatio keine weitere Rede mehr sein. Ueberdies müsste, wie schon früher (Anm. 9) bemerkt, Brinz mit seinem Gesichtspunkte der Vertretung unabweisbar dazu kommen, durch confusio den andern correus wenigstens zur Hälfte als befreit anzusehen. — Ebenfalls ganz unbefriedigend ist die Darstellung von Kuntze S. 217 ff., der freilich von einer andern Grundauffassung der Correalität ausgeht, zu dessen System in Betreff der Wirkung der einzelnen Tilgungsgründe auf Correalverhältnisse aber die Quellenäußerungen über die confusio, namentlich die häufigen Vergleichungen mit der solutio eben so wenig passen wollen. Er gelangt als Ergebniß einer längeren Ausführung zur Annahme einer völligen Principlosigkeit und Willkürlichkeit des

Digitized by Google

§. 22.

Es bleibt noch eine Entscheidung zu besprechen, welche der herrschenden Auffassung des Correalverhältnisses eben so unübersteiglich entgegentritt, wie die vorige. Sie findet sich in L. 10 de pecunia constituta 13, 5 vbd. L. 8, 9 eod.:

L. 8 cit.: **Paul.** l. 29 ad Edict.: — Si vero mihi aut Titio constitueris te soluturum, mihi competit actio. Quodsi, posteaquam soli mihi te soluturum constituisti, solveris Titio, nihilo minus mihi teneberis;

L. 9: **Papin.** l. 8 Quaest.: — Titius tamen indebiti condictione tenebitur, ut, quod ei perperam solutum est, ei, qui solvit, reddatur.

---

römischen Rechtes in dieser Lehre, indem er (S. 221) meint, „daß die Confusionstheorie sich lediglich unter dem Einflusse äußerlicher und praktischer Motiven gestaltete, daß man nur in gewissen Fällen der hereditatis aditio Confusionswirkung beilegte, und daß man nur da, wo es zweckmäßig schien, die Fiction der solutio anwendete. Daß man in allen diesen Punkten es je zu einer entschiedenen und vollen Uebereinstimmung in der Zeit der klassischen Jurisprudenz gebracht habe, sei nicht wahrscheinlich." (?!) Da hätten wir sonach sämmtliche, oben bekämpfte Ansichten über Confusion vereinigt und als neu noch die Annahme widersprechender Meinungen der römischen Juristen dazu. Also nicht blos in neuerer Zeit, sondern schon im römischen Recht und unter den römischen Juristen hätte bezüglich der Confusion eine Confusion bestanden! Da müsste man denn freilich sagen: nomen est omen!

Digitized by Google

L. 10: Paul. l. 29 ad Edict.: — Idem est, et si ex duobus reis stipulandi alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is, cui constituitur.

Das constitutum läßt die ursprüngliche obligatio ganz unverändert bestehen und fügt nur als Bestärkung noch eine neue prätorische obligatio mit einer besondern Klage hinzu [161]). Vom Standpunkte der herrschenden

---

161) Die Richtigkeit dieses Satzes wird durch eine ganze Reihe von Stellen unzweideutig dargethan. In L. 28 de pecun. const. 13, 5 ist er sogar geradezu ausgesprochen: Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet. Vgl. L. 15 de in rem verso 15, 3. Daß die Stelle zunächst nur vom const. debiti alieni handelt, kann deren Beweiskraft nicht schwächen; denn das const. deb. proprii und deb. alieni werden durchaus als blose Schattirungen desselben einheitlichen Instituts und durchweg nach gleichen Grundsätzen behandelt, wofür der ganze Titel de pecunia constituta als Beleg angeführt werden kann. — Außer der L. 28 cit. wären etwa noch besonders zu nennen: L. 18 § 1 eod. (die Frage, ob, „si quid tunc debitum fuit, quum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum," hätte sich, wenn das constitutum novirend (wenn auch nur als „prätorische Novation") wirkte, gar nicht aufwerfen lassen, so sehr hätte sich die Antwort von selbst verstanden); ferner L. 18 § 3, L. 19 pr. (utraque actio depereat), § 2, L. 22, 24 eod.; — L. 36 de iureiur. 12, 2, vgl. auch L. 3 § 2 de adm. rer. ad civ. 50, 8. — Uebrigens ist die im Text aufgestellte Ansicht die allgemein angenommene, und ich würde jene Stellen gar nicht angeführt haben, wenn dieselbe nicht in neuester Zeit angefochten worden wäre, worüber unten das Nöthige bemerkt werden wird.

Digitized by Google

Auffassung dürfte demnach das einem der Correalgläubiger geschehene constitutum gar keinen Einfluß auf das Verhältniß haben und namentlich den andern correus nicht hindern, seinerseits gegen den Schuldner zu klagen. In den Quellen wird uns aber, wie man sieht, das gerade Gegenteil gesagt, und, wie aus der Vergleichung mit L. 9 cit. erhellt, das vom Schuldner noch nachher an den andern correus Gezalte sogar als ein indebitum hingestellt, das mit der condictio indebiti zurückgefordert werden könne.

Dies verträgt sich offenbar mit der herrschenden Auffassung durchaus nicht [162]). Es fragt sich daher, wie sich deren Verteidiger gegenüber der L. 10 cit. verhalten. Von den meisten wird die Stelle gar nicht beachtet, obwol sie schon bei Keller (S. 449 Anm. 24) angeführt ist. Sintenis [163]) gibt die Unvereinbarkeit zu und betrachtet den Saz der L. 10 cit. als Singularität. Von Savigny (S. 168) wird die Aufnahme der Stelle für ein bloses Versehen der Compilatoren erklärt! Paulus, deren Verfasser, sei darin vom Standpunkte einer älteren Meinung ausgegangen, welche das constitutum als Surrogat der Zalung und somit als Tilgung der Forderung aufgefasst habe, die aber später verworfen worden sei [164]).

---

162) Vgl. Girtanner die Bürgschaft S. 78.

163) Das prakt. gemeine Civilrecht II S. 309 Anm. 16.

164) Savigny beruft sich (S. 168 Not. 1) bezüglich dieses Streites auf L. 18 § 3, L. 28 de pec. const. 13, 5, — L. 15 de in rem verso 15, 3, welche Stellen von Ulpian und

Digitized by Google

Kuntze endlich, der zwar von einer andern Auffassung der Correalität ausgeht, aber ebenfalls die L. 10 cit. nicht brauchen kann, hilft sich so, daß er die ganze herrschende Lehre vom constitutum umstößt, und sich an deren Stelle eine neue, besser passende Lehre schafft, wonach das constitutum (wenigstens das constitutum debiti proprii — vom constitutum debiti alieni wird ausdrücklich das Gegenteil behauptet!) die ursprüngliche obligatio nicht verstärken, sondern iure honorario consumiren, somit eine „prätorische Novation" enthalten soll. Die Begründung dieser neuen Lehre ist aber von der Art, daß es einer Widerlegung nicht bedarf [165].

Gaius seien. Allein daß auch Paulus in der That von der nämlichen Ansicht ausging und keine Tilgung der obligatio durch ein constitutum annahm, wird deutlich bewiesen durch L. 19 de pec. const. aus demselben lib. 29 ad Edictum des Paulus wie L. 10 eod., ferner durch L. 22 eod., gleichfalls von Paulus. Auch bezog sich der von Ulpian in L. 18 § 3 berichtete Streit gar nicht auf diesen, sondern auf einen ganz andern Punkt. Endlich ist es doch gewiß schon an sich, insbesondere aber mit Hinblick auf L. 8 und 9 eod. im höchsten Grade bedenklich, die Aufnahme der L. 10 einem blosen Versehen der Compilatoren beizumessen. Vgl. auch Girtanner die Bürgschaft S. 398 Anm. 8; Kuntze S. 197 f.

165) Vgl. Kuntze S. 196 ff. Kuntze versichert (S. 199), daß „eine unbefangene und streng quellenmäßige Analyse des constitutum" zu seiner Ansicht hinführe. Ich will nur einige Proben dieser „unbefangenen" Quellenbetrachtung mitteilen: S. 200: „Ulp. in l. 1 § 5 D. de pec. const. (13, 5) nimmt an, daß ein aliud (von gleichem sachlichen Werte)

Man sieht, es ist kaum ein ernstlicher Versuch gemacht worden, die vorliegende Entscheidung mit der herrschenden Ansicht von der Correalität zu vereinigen. Sie ist denn auch damit nicht vereinbar, und so darf ich auch hier wieder, ich darf überhaupt als unzweifelhaftes Ergebniß der bisherigen Untersuchungen hinstellen, daß die gewöhnliche Auffassung des Correalverhältnisses als einer einzigen obligatio, welche sich gleichzeitig und ungeteilt

---

statt des ursprünglichen debitum constituirt werden könne, „cum iam placet, rem pro re solvi posse," d. h. gleichwie durch in solutum datio dem Effecte nach die eine res an die Stelle der eigentlich zu leistenden trete, so werde durch die obligatio ex constituto die ursprüngliche obligatio (dem Effecte nach) ersetzt." (!) S. 204: „Der dargestellten Ansicht, daß das constitutum debiti proprii eine prätorische Novation enthalte, widersprechen nicht: 1) l. 36 D. de iureiur. (12, 2), wo Ulpian sagt, daß, falls über eine obligatio de constituta pecunia der Liberationseid geleistet sei, aus dem Eid keine exceptio gegen die Klage aus der ursprünglichen obligatio gegeben sei, denn — es ist hier **nur die exceptio iurisiurandi, nicht aber die unverlorene exceptio ex constituto gemeint; diese letztere wird im Titel de iureiurando ganz außer Betracht gelassen.** (!!) 2) l. 18 § 3 D. de pec. const. (13, 5), wo Ulpian sagt, daß durch Litiscontestation über die obligatio ex constituto die ursprüngliche Obligation nicht consumirt werde. Dies ist auch streng consequent, denn civiliter blieb ja die ursprüngliche Obligation unangetastet, und folglich konnte auch die processualische Consumtion der obligatio ex constituto nicht den civilen Bestand alteriren. Dennoch haben nach Ulpian's Bericht („vetus dubitatio") Einige allerdings Letzteres

Digitized by Google

auf mehrere Gläubiger oder Schuldner bezieht, den Aussprüchen der Quellen gegenüber durchaus unhaltbar ist.

---

früher behauptet: der Grund kann nur darin gesucht werden, daß man von dieser Seite bestrebt war, der prätorischen Consumtion dieselbe Kraft, wie sie die civile hatte, einzuräumen." — S. auch Bekker in der Heidelberger krit. Zeitschrift für d. gesammte Rechtswissenschaft III S. 462 f. und jezt noch Girtanner die Stipulation (Kiel 1859) S. 272 Anm. 223.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Entwickelung der eigenen Ansicht.

I. Nach klassischem Rechte.

1) Darlegung derselben. Nahe Verwandtschaft der Correalobligationen mit den alternativen Obligationen.

§. 23.

Wir sind beim zweiten, positiven Teil der Aufgabe angelangt, bei der Frage: Welches ist denn nun aber die Natur des Correalverhältnisses? Diese Frage kann, wie schon früher bemerkt, nur durch Rückschlüsse von den einzelnen Aussprüchen der Quellen richtig beantwortet werden. Wenn es gelingen sollte, eine Formel zu finden, wonach sich alle jene Aussprüche einfach erklären ließen, und die zugleich mit dem allgemeinen Wesen der obligatio, wie man sich dasselbe im übrigen denken mag, ungezwungen zu vereinigen wäre, so dürften wir wol die Aufgabe als gelöst ansehen.

Allen diesen Anforderungen scheint mir aber eine Ansicht Genüge zu leisten, welche sich der Sache nach schon bei Girtanner[166]) findet, aber freilich bei ihm noch so wenig zur Klarheit durchgedrungen und noch so sehr

---

166) Die Bürgschaft S. 75 ff., 397 ff., 568.

Digitized by Google

im Ringen nach richtiger Formulirung begriffen, daß sie bisher so gut wie unbeachtet geblieben ist, und sogar ihr eigentlicher Kern noch nirgends erkannt worden zu sein scheint [167]).

---

167) Vgl. Kuntze S. 122 ff., Windscheid Krit. Uebersch. VI S. 223. Dies hat denn allerdings nach Girtanner's Darstellung seine Schwierigkeit. Ich will nur die Hauptstellen anführen, die zugleich das im Text ausgesprochene Urteil rechtfertigen mögen. S. 399 heißt es: „Für jeden correus debendi besteht eine besondere Obligation, aber alle diese Obligationen stehen im Verhältniß der electiven Concurrenz zu einander. Es besteht hier rücksichtlich verschiedener Subjecte dasselbe Verhältniß, wie unter mehreren electiven und zwar in der Weise concurrirenden Obligationen desselben Schuldners, daß schon die Entscheidung des Gläubigers für die eine die andere aufhebt. — Wir können dies juristisch so ausdrücken (?): Jede dieser im Correalnexus stehenden Obligationen trägt die Bestimmung in sich, wenn es dem Gläubiger beliebt, in eine bestimmte andre (?! s. oben) Obligation überzugehen. Diese vorherbestimmte andre Obligation ist für alle correi dieselbe, und darin beruht die Einheit der Correalobligationen. Jene Bestimmung, jener Zweck, „daß eine gewisse im voraus bestimmte Obligation zur Existenz komme," ist der Grund nicht nur des Entstehens, sondern auch des Bestehens für alle diese Obligationen. Darum müssen sie alle untergehen, sobald in der Person des einen correus der Zweck erreicht wird, d. h. die beabsichtigte Obligation zur Existenz kommt. Hierin liegt der Unterschied von dem rein solidarischen Verhältnisse mehrerer Obligationen zu einander. Für diejenigen Verbindlichkeiten, welche in diesem weiten Nexus stehen, liegt der Grund ihres Bestehens darin, daß ein gewisses Wert-Object, für die Correalobligationen darin, daß eine gewisse Obligation nicht im Vermögen des Gläubigers befindlich ist." — S. 402: „Wir können

Danach sind die Correalobligationen mit den s. g. alternativen Obligationen in enge Verbindung zu bringen; es ist ganz derselbe Grundgedanke, der sich in den einen, wie den andern, nur nach verschiedener Richtung hin wirksam erweist [168]). Daß natürlich im einzelnen wieder manche Abweichungen stattfinden können, versteht sich wol von selbst, beeinträchtigt auch die im ganzen erkennbare Analogie nicht im mindesten.

---

unsere Auffassung auch so ausdrücken: Es ist dieselbe Obligation, welche für jeden correus besteht; allein jeder ist nur unter der Resolutivbedingung verpflichtet, „wenn keiner der andern vom Gläubiger gewält wird"; denn nur einer soll überhaupt definitiver Träger der Obligation werden." Nur einmal — im Nachtrag S. 568 — gelingt es Girtanner, das Verhältniß einigermaßen klar zu bezeichnen. Dort sagt er: „Die hier (Bch. IV § 19) versuchte Auffassung des Correalverhältnisses erhält vielleicht noch mehr Licht durch die Vergleichung mit der Obligation, die hinsichtlich des Gegenstandes alternativ gefasst ist. Sowie man auch hier eine Obligation annimmt, aber eine hinsichtlich des Gegenstandes noch unbestimmte, so ist die Correalobligation eine hinsichtlich der Subjecte (activ oder passiv) noch unbestimmte. Daher wirken dieselben Ereignisse, die bei jener alternativen Obligation die Wal für einen Gegenstand entscheiden, wenn sie mit einem Correalschuldner vorgenommen werden, für die übrigen befreiend." — Bei dieser Sachlage ist das bisherige Schicksal der von Girt. vertretenen Ansicht nicht zu verwundern, und ich selbst würde, wenn mich meine eigenen Studien nicht zu derselben geführt hätten, durch Girtanner schwerlich für sie gewonnen worden sein. — Vgl. jezt auch Girtanner die Stipulation S. 252 ff.

168) Eine solche Verbindung findet sich schon bei Hertius diss. de electione ex obligatione alternativa debitori debita.

Um das Verhältniß in klares Licht zu setzen, scheint es mir dienlich, von der folgenden, einer ganz natürlichen Anschauungsweise entnommenen Betrachtung auszugehen. Wenn einem Gläubiger der oder ein anderer Gegenstand nach seinem Belieben versprochen wird, z. B. ein bestimmtes Pferd oder 1000 Thaler, so kann er nun eben den oder jenen Gegenstand fordern, das Pferd oder die 1000 Thlr., was er lieber will; er hat, kurz gesagt, zwischen beiden Gegenständen die Auswal. Ganz ähnlich, wenn sich dem Gläubiger gegenüber zwei Personen, jede für das Ganze, das aber doch überhaupt nur Einmal zu leisten ist, verbindlich machen. Der Gläubiger kann sich dann an den einen oder den andern Schuldner halten, wie es

---

In comment. atque opusc. Francof. ad M. 1700 tom. III p. 348, aber freilich als eine ganz äußerliche, indem z. B. als weitere Arten der alternativa obl. noch eine alternativa ordinis, remediorum, fori, poenarum, conditionum u. s. w. auftreten. Auf diese Zusammenstellung passt vollkommen, was Savigny Obl. I S. 390 (d) sagt, daß sie ohne allen Wert sei, indem hier kein innerer Zusammenhang obwalte, sondern nur ein gemeinsamer Ausdruck für alle diese Verhältnisse willkürlich gebildet worden sei. Auch Koch das Recht der Forderungen nach gem. u. preuß. R. II (Breslau 1840) § 62 (S. 5), § 64 (S. 13), § 65 (S. 22) betrachtet die alternativen und die Correalobligationen als analoge Institute. — Wenn Kuntze S. 125 gegen Girtanner behauptet, der Unterschied zwischen Correal- und s. g. alternativer Obligation könne kaum scharf und weit genug gedacht werden: so muß es der nachfolgenden Darstellung und dem Urteil des Lesers überlassen bleiben zu entscheiden, ob und wiefern diese Behauptung richtig ist.

Digitized by Google

ihm am besten zusagt; er hat also hier zwischen beiden Schuldnern die Auswal.

Mit diesem natürlichen haben wir aber in der That auch schon vollkommen den richtigen juristischen Standpunkt gewonnen. Denn juristisch betrachtet, besteht das Verhältniß eben auch in nichts Anderem, als darin, daß bei den s. g. alternativen Obligationen zwischen zwei Leistungen, bei der Correalität zwischen zwei Personen (zwei Gläubigern oder zwei Schuldnern) die Auswal (electio) stattfindet. Oder um der Sache nun einen etwas juristischer klingenden Ausdruck zu geben: Bei den s. g. alternativen Obligationen ist es zunächst noch unentschieden (in pendenti), welche von mehreren Leistungen die eigentlich geschuldete ist; erst durch die Wal von Seite des Schuldners oder Gläubigers bestimmt sich das, wird also nachträglich der Zweifel gehoben. Ebenso ist es bei Correalverhältnissen zunächst noch unentschieden, wer von mehreren Personen Gläubiger oder Schuldner ist (es kann auch auf beiden Seiten eine solche Pendenz vorhanden sein); auch hier wird die Ungewißheit erst nachträglich durch die wirklich vollzogene electio beseitigt [169].

---

169) Sehr klar und scharf wird das Correalverhältniß — freilich nur in einer gelegentlichen Aeußerung — formulirt von Marcadé Explic. du code Napol. ad art. 1294 nro II: „Il est bien vrai que dans l'obligation solidaire, chaque obligé est débiteur personnel et principal pour le total de la dette; mais c'est seulement en ce sens que le total pourra être demandé par le créancier à celui des débiteurs qu'il voudra choisir. Ce total, en définitive, ne doit

Digitized by Google

Man könnte hier wieder weiter fragen: Handelt es sich bei alternativen und Correalobligationen von vornherein blos um Eine Obligation, deren Dasein entschieden und von der nur vorerst noch ungewiß ist, auf welche von mehreren Leistungen sie sich bezieht, wer von Mehreren Gläubiger oder Schuldner ist, so daß also die electio lediglich über die Beschaffenheit der Obligation in objectiver oder subjectiver Hinsicht entscheidet? oder aber ist in beiden Fällen eine Wal zwischen mehreren Obligationen mit bestimmter und bekannter objectiver oder subjectiver Beschaffenheit gegeben, wonach denn die Ungewißheit darüber bestünde, welche von mehreren Obligationen durch eine gewisse Thatsache begründet wurde? M. a. W. haben wir es hier mit Einer Obligation von bestimmtem Dasein aber unbestimmter objectiver oder subjectiver Beschaffenheit, oder aber mit mehreren Obligationen von bestimmter Beschaffenheit aber noch unbestimmtem Dasein zu thun? Beide Formeln wären offenbar gleich sehr möglich, gleich einfach und mit jeder Ansicht über das Wesen der obligatio gleich gut zu vereinigen. Auch von der ersten gilt das; denn wir lassen ja gar

pas être payé par chacun des débiteurs, mais par un seul d'entre eux; et c'est au créancier qu'il appartient de désigner celui par qui il voudra faire faire le payement. Ainsi, au lieu de définir la dette solidaire celle dans laquelle le total est dû par chacun des divers obligés, on pourrait la définir plus exactement celle dans laquelle le total est dû par celui des obligés auquel il plaira au créancier de le demander."

Digitized by Google

keine Veränderung im Gegenstande oder in den Subjecten eintreten, sondern wir wissen nur zuvörderst noch nicht, welches der Gegenstand bezw. welches das Subject einer obligatio ist; erst ein späterer Umstand (die electio) wird uns darüber Aufklärung verschaffen.

Es würde sich nun darum handeln, von welcher dieser beiden Auffassungen das römische Recht ausgehe. Allein diese Frage ist eine ziemlich müßige, erstens, weil in praktischer Beziehung auf deren Beantwortung in dem einen oder andern Sinn nichts ankommt, und zweitens, weil ich glaube, daß die Römer, die ja überhaupt keine so feinen theoretischen Unterscheidungen machten, besonders wo praktisch nichts davon abhing, zwischen beiden Auffassungen schwankten und, je nachdem es gerade in einem gegebenen Fall näher lag, bald die eine, bald die andere zu Grunde legten. So möchte sich denn mit der so eben entwickelten Ansicht zuletzt auch noch der schwankende Sprachgebrauch unserer Quellen einfacher und natürlicher als mit jeder andern bisher aufgetretenen Meinung erklären lassen[170]; doch scheint es mir fortwährend ge-

170) Auch beim alternativen Legat, einer gewiß unverwerflichen Analogie wenigstens für die alternative Obligation, wo nicht eine solche geradezu dadurch begründet wird, ist bald von unum legatum (wie z. B. in L. 27 de legat. II (31) und L. 25 pr. quando dies leg. 36, 2), bald von duo legata [wie in L. 34 § 14 de legat. I (30) und L. 8 § 1 de legat. II (31)] die Rede. Uebrigens ist zu bemerken, daß, selbst wenn die Römer immer von der zweiten im Text als möglich genannten Auffassung ausgegangen wären, recht gut

Digitized by Google

vateter, auf diesen Punkt ganz und gar kein Gewicht zu legen.

Will man für das dogmatische Bedürfniß der Gegenwart zwischen jenen beiden Auffassungsweisen eine bestimmte Auswal treffen: so möchte es — wenigstens in Betreff der Correalobligationen — geratener sein, sich für die zweite zu entscheiden. Denn nicht nur ist sie in allen Fällen möglich, sondern sie ist auch allein für alle Fälle ausreichend, indem in manchen von den Quellen anerkannten Fällen der Correalität durchaus nur von einer Wal zwischen mehreren Obligationen die Rede sein kann. So z. B. in L. 3 § 5 de lib. leg. 34, 3 [171]), wenn nicht etwa der Ausdruck „duo rei" hier in nicht technischem Sinn gebraucht ist. Jedenfalls aber ist blos diese Auffassungsweise statthaft, wo sich die correi durch ganz

begreiflich sein würde, wie sie dennoch von una obligatio bezw. unum legatum sprechen konnten, da ja in Wahrheit immer blos Eine obligatio oder Ein Legat vorhanden ist, nur vorerst noch unentschieden, welches aus mehreren, gleich möglichen. In L. 27 cit. wird sogar unum legatum bei folgender Verfügung angenommen: Si Nerva consul factus erit, Titius heres Attio fundum; si non erit Nerva consul factus, Seius heres Maevio centum dato.

171) Ulpian. l. 23 ad Sabin.: — Utrique autem legatarii habentur et in hoc casu; nam et si, quod ego debeo Titio, sit ei legatum mei gratia, ut ego liberer, nemo me negabit legatarium: ut et Iulianus eodem libro scribit, et Marcellus notat, utriusque legatum esse, tam meum quam creditoris mei, etsi solvendo facio; interesse enim creditoris, duos reos habere.

Digitized by Google

getrennte Stipulationen verpflichtet haben. In solchen Fällen kann unstreitig nur von mehreren Obligationen geredet werden, unter denen dem Gläubiger die Auswal zusteht [172]). Uebrigens hat die ganze Frage wesentlich

---

172) Auch im Verhältnisse des Fidejussor zum Hauptschuldner kann blos von einer Wal zwischen zwei Obligationen die Rede sein. Eine Obligation, bei der nur zunächst ungewiß, wer der Schuldner (oder, wie die herrschende Ansicht will, eine und dieselbe Obligation, welche sich ungeteilt sowol auf den Bürgen, als auf den Hauptschuldner bezöge), kann hier schon aus dem naheliegenden — merkwürdigerweise aber, wie es scheint (vgl. jedoch Bekker Proc. Cons. S. 193 f.), noch nirgends berücksichtigten — Grunde nicht angenommen werden, weil ja bekanntlich die fideiussio gar keine durch Stipulation erzeugte Hauptschuld vorausſezt (Gai. III, 119a, — § 1 I. de fideiuss. 3, 20), so daß also z. B. gegen den Hauptschuldner die actio venditi, gegen den Bürgen die actio ex stipulatu stattfinden kann! Wir haben somit bei der fideiussio zwei Obligationen, welche aber auch nicht, wie man sich die Sache etwa vorstellen möchte, und wie es wirklich beim constitutum debiti alieni der Fall, neben einander stehen, so daß zugleich eine und die andere begründet wäre, sondern zwei Obligationen, von denen, juristisch betrachtet, nur eine oder die andere dem Gläubiger gegenüber begründet ist, dessen electio den Zweifel entscheidet. Wält er den fideiussor (hauptsächlich indem er gegen ihn klagt), so zeigt sich, daß blos dieser verpflichtet ist; wält er den Hauptschuldner, so ist es umgekehrt. Man wird vielleicht diese Anschauung auffallend finden, weil man gewöhnt ist anzunehmen, daß der Eintritt des fideiussor gar keine Einwirkung auf die Hauptschuld übe, sondern der fideiussor eben nur neben den Hauptschuldner trete, wie es denn auch der äußerlichen Betrachtung sich darstellt und schon von den Römern geschildert wird (vgl. z. B. Gai. III, 119, 126). Allein jene Auffassung ist in

Digitized by Google

gar keinen Wert, da praktisch von der Art ihrer Beantwortung nichts abhängt. Zudem unterscheiden sich die

---

Wahrheit nicht auffallender, als daß durch die Klage gegen den fideiussor der Hauptschuldner befreit wird und umgekehrt (unter allen Umständen ist sie nicht auffallender als die herrschende Ansicht über das Verhältniß). Hätte man aber etwa juristische Bedenken dagegen, daß durch blosen Eintritt eines fideiussor der Bestand der Hauptobligation, der bisher ganz fest und sicher war, nun auf einmal ins Schweben kommen könne: so erinnere ich an die Analogie der Novation; es hat gar keinen Anstand, und dürfte noch durch manche andere Gründe unterstützt werden, in der fideiussio eine Art eventuelle Novation zu erblicken, wodurch nun das obige Ergebniß auf die einfachste Weise erzielt wäre. Die fideiussio wäre also — vor L. 28 C. de fideiuss. 8, 41 — nicht cumulative, sondern eventuelle privative Intercession. (Eine ähnliche Construction muß da angewendet werden, wo sich zwei correi durch getrennte Stipulationen verpflichten). — Uebrigens wird man gegen dieses Ergebniß nicht etwa die Grundsäze über das beneficium cedendarum actionum anführen und daraus ableiten wollen, daß die Hauptschuld und die Bürgschaftsobligation cumulativ n e b e n einander begründet seien. Denn vor L. 28 C. cit. konnte die Cession der Klage gegen den Hauptschuldner natürlich nur vor der Litiscontestation gefordert werden. Ward aber nach geschehener Cession Lis mit dem fideiussor contestirt, so wurde dies juristisch nicht mehr als Geltendmachung der eigentlichen Bürgschaftsobligation, sondern als Forderung aus einem Kauf angesehen, der gewissermaßen über die Hauptobligation als geschehen erachtet ward. Vgl. L. 36 de fideiuss. 46, 1, — L. 10 pr., 17, 59 eod., — L. 76 de solut. 46, 3, — L. 21 de tutelae 27, 3, — L. 14 C. de fideiuss. 8, 41. Da also die Bürgschaftsobligation nicht als geltend gemacht bezw. gewält angenommen wurde, so verstand es sich von selbst, daß immer noch die Hauptobligation gewält werden konnte. (Durch die vorstehen-

Digitized by Google

getrennte Stipulationen verpflichtet haben. In solchen Fällen kann unstreitig nur von mehreren Obligationen geredet werden, unter denen dem Gläubiger die Auswal zusteht [172]). Uebrigens hat die ganze Frage wesentlich

---

172) Auch im Verhältnisse des Fidejussor zum Hauptschuldner kann blos von einer Wal zwischen zwei Obligationen die Rede sein. Eine Obligation, bei der nur zunächst ungewiß, wer der Schuldner (oder, wie die herrschende Ansicht will, eine und dieselbe Obligation, welche sich ungeteilt sowol auf den Bürgen, als auf den Hauptschuldner bezöge), kann hier schon aus dem naheliegenden — merkwürdigerweise aber, wie es scheint (vgl. jedoch Bekker Proc. Cons. S. 193 f.), noch nirgends berücksichtigten — Grunde nicht angenommen werden, weil ja bekanntlich die fideiussio gar keine durch Stipulation erzeugte Hauptschuld voraussezt (Gai. III, 149a, — § 1 I. de fideius. 3, 20), so daß also z. B. gegen den Hauptschuldner die actio venditi, gegen den Bürgen die actio ex stipulatu stattfinden kann! Wir haben somit bei der fideiussio zwei Obligationen, welche aber auch nicht, wie man sich die Sache etwa vorstellen möchte, und wie es wirklich beim constitutum debiti alieni der Fall, neben einander stehen, so daß zugleich eine und die andere begründet wäre, sondern zwei Obligationen, von denen, juristisch betrachtet, nur eine oder die andere dem Gläubiger gegenüber begründet ist, dessen electio den Zweifel entscheidet. Wält er den fideiussor (hauptsächlich indem er gegen ihn klagt), so zeigt sich, daß blos dieser verpflichtet ist; wält er den Hauptschuldner, so ist es umgekehrt. Man wird vielleicht diese Anschauung auffallend finden, weil man gewöhnt ist anzunehmen, daß der Eintritt des fideiussor gar keine Einwirkung auf die Hauptschuld übe, sondern der fideiussor eben nur neben den Hauptschuldner trete, wie es denn auch der äußerlichen Betrachtung sich darstellt und schon von den Römern geschildert wird (vgl. z. B. Gai. III, 119, 126). Allein jene Auffassung ist in

Digitized by Google

gar keinen Wert, da praktisch von der Art ihrer Beantwortung nichts abhängt. Zudem unterscheiden sich die

---

Wahrheit nicht auffallender, als daß durch die Klage gegen den fideiussor der Hauptschuldner befreit wird und umgekehrt (unter allen Umständen ist sie nicht auffallender als die herrschende Ansicht über das Verhältniß). Hätte man aber etwa juristische Bedenken dagegen, daß durch blosen Eintritt eines fideiussor der Bestand der Hauptobligation, der bisher ganz fest und sicher war, nun auf einmal ins Schweben kommen könne: so erinnere ich an die Analogie der Novation; es hat gar keinen Anstand, und dürfte noch durch manche andere Gründe unterstützt werden, in der fideiussio eine Art eventuelle Novation zu erblicken, wodurch nun das obige Ergebniß auf die einfachste Weise erzielt wäre. Die fideiussio wäre also — vor L. 28 C. de fideiuss. 8, 41 — nicht cumulative, sondern eventuelle privative Intercession. (Eine ähnliche Construction muß da angewendet werden, wo sich zwei correi durch getrennte Stipulationen verpflichten). — Uebrigens wird man gegen dieses Ergebniß nicht etwa die Grundsäze über das beneficium cedendarum actionum anführen und daraus ableiten wollen, daß die Hauptschuld und die Bürgschaftsobligation cumulativ n e b e n einander begründet seien. Denn vor L. 28 C. cit. konnte die Cession der Klage gegen den Hauptschuldner natürlich nur vor der Litiscontestation gefordert werden. Ward aber nach geschehener Cession Lis mit dem fideiussor contestirt, so wurde dies juristisch nicht mehr als Geltendmachung der eigentlichen Bürgschaftsobligation, sondern als Forderung aus einem Kauf angesehen, der gewissermaßen über die Hauptobligation als geschehen erachtet ward. Vgl. L. 36 de fideiuss. 46, 1, — L. 10 pr., 17, 59 eod., — L. 76 de solut. 46, 3, — L. 21 de tutelae 27, 3, — L. 14 C. de fideiuss. 8, 41. Da also die Bürgschaftsobligation nicht als geltend gemacht bezw. gewält angenommen wurde, so verstand es sich von selbst, daß immer noch die Hauptobligation gewält werden konnte. (Durch die vorstehen-

Digitized by Google

gedachten beiden Formeln in Wahrheit mehr dem Ausdruck, als der Sache nach.

Nur so darf man auf keinen Fall das Verhältniß ausdrücken: es drehe sich bei alternativen und Correalobligationen um zwei Obligationen, wovon jede aber nur unter der Bedingung begründet sei, daß die Wal auf sie fallen werde. Diese Fassung wäre durchaus falsch und würde schon bei Rechtsgeschäften unter Lebenden einen erheblichen praktischen Unterschied machen, wie denn z. B. der in L. 9 de V. O. 45, 1 behandelte Fall einem Correalverhältnisse zwar sehr nahe, aber keineswegs gleich steht; eine Möglichkeit, sich durch Zalung der Hälfte an

---

den Bemerkungen ist der nämliche Einwand zugleich auch für die Correalobligationen beseitigt, mag man nun über das benef. cedend. act. bei denselben denken, wie man will. — Uebrigens kann gar wohl noch die Frage sein, ob man überhaupt dem Bürgen (bezw. einem correus) einen Anspruch auf Klagencession gewährte, wenn er sich nicht sofort zur Zalung erbot, sondern es auf den Proceß ankommen ließ. Die angegebenen Stellen dürften für die Verneinung sprechen, und eine exceptio doli dürfte nur dann gestattet worden sein, wenn der Gläubiger troz des Zalungserbietens die Cession der Klage verweigerte). — An diesen Andeutungen mag es genügen, um meine Auffassung des Verhältnisses zwischen fideiussor und Hauptschuldner zu kennzeichnen und begreiflich zu machen, wie dabei die electio von Seite des Gläubigers, namentlich die Litiscontestation, die gleichen Wirkungen haben konnte, wie bei der Correalobligation. Daß aber diese Wirkungen, besonders in Rücksicht der Litiscontestation, in der That bei beiden Verhältnissen ganz die gleichen waren, ist nach unsern Quellen unbezweifelbar.

Digitized by Google

jeden der Stipulatoren zu befreien, würde hier offenbar nicht, wie bei Correalobligationen (vgl. L. 34 § 1 de solut. 46, 3), stattfinden. Bei Vermächtnissen vollends wäre die Verschiedenheit eine sehr bedeutende wegen der Grundsäze über den dies legati cedens, und darauf beruht z. B. der Unterschied, der vor Justinian[173]) zwischen dem legatum optionis und dem einfachen alternativen Legate bestand. Das erste wurde betrachtet als Legat eines jeden der mehreren in der optio begriffenen Gegenstände unter der Bedingung: „si eum legatarius optaverit[174])", woraus denn außer andern wichtigen Folgen sich ergab, daß das Legat nicht auf die Erben des Legatars überging, wenn dieser vor vollzogener Wal gestorben war. Anders war es bei dem einfachen alternativen Legat[175]). Will man daher bei alternativen Obligationen (und Legaten) und bei Correalobligationen von einer Bedingung reden, so darf man höchstens eine conditio extrinsecus exspectanda im Sinn von L. 25 § 1 fin. quando dies leg. 36, 2 oder eine iuris conditio im Sinn von L. 43 § 10 de aedil. ed. 21, 1 annehmen. Doch möchte es besser sein, das Wort „Bedingung" lieber ganz in unserer Lehre zu vermeiden.

---

173) Vgl. § 23 I. de legat. 2, 20.

174) Vgl. L. 3 D. qui et a quib. man. 40, 9, — § 23 I. cit.; Fitting Begriff der Rückziehung S. 81 bes. Anm. 118 und S. 95, Archiv f. civ. Pr. XXXIX S. 346.

175) L. 19 de opt. leg. 33, 5 vgl. L. 12 § 7 quando dies leg. 36, 2.

Digitized by Google

Wichtig ist es endlich noch, den Unterschied anzugeben, der nach der obigen Auffassung zwischen der Correalität und blosen Solidarität stattfindet. Dieser Unterschied ist aber höchst einfach der folgende: Bei der blosen Solidarität haben wir immer mehrere Obligationen (eine und die andere), welche neben einander bestehen und abgesehen davon, daß sie auf die nämliche, im ganzen nur einmal geschuldete (und mögliche) Leistung gehen, ganz unabhängig von einander sind. Wer durch sein Vergehen Schaden angestistet hat, ist verpflichtet, denselben zu ersezen, einerlei, ob noch Andere neben ihm dasselbe Vergehen verübt, oder nicht. Nur freilich, wenn bereits ein anderer Teilnehmer den Schaden völlig ersezt hat, so ist kein Schaden mehr da, es kann also auch von Niemanden weiter Schadenersaz verlangt werden. Ganz ähnlich bei mehreren Mandatoren. Wer einem Andern einen Auftrag gegeben, durch dessen Ausführung diesem Schaden erwachsen ist, muß denselben wieder ausgleichen, gleichgültig, ob außer ihm noch ein Anderer den gleichen Auftrag gegeben, oder nicht. Nur kann natürlich auch hier blos einmalige volle Vergütung gefordert werden, weil, sobald diese geschehen, kein Schade mehr übrig ist.

Bei Correalobligationen dagegen besteht immer nur Eine obligatio, ob wir nun im übrigen annehmen, es sei zunächst ungewiß, wie diese obligatio rücksichtlich der Subjecte beschaffen, oder welche aus mehreren Obligationen mit bestimmten Subjecten im gegebenen Fall begründet sei. Die Wal erst von Seite dessen, dem sie gebürt, gibt über diese Punkte Aufschluß.

Digitized by Google

Der Unterschied ist also ein ganz ähnlicher, wie man ihn in der Lehre von der Klagenconcurrenz aufzustellen pflegt. Die blose Solidarität entspricht der s. g. electiven Concurrenz, bei der sie sogar regelmäßig mit aufgeführt wird [176]). Die Correalobligationen dagegen sind den Fällen zu vergleichen, in denen schon die blose Wal des einen Anspruchs den andern ausschließt [177]).

2) Begründung.

a) Gründe allgemeiner Art.

§. 24.

Die im vorstehenden entwickelte Auffassung des Correalverhältnisses sowie alternativer Obligationen dürfte sich von vornherein dadurch empfehlen, daß sie im höchsten Grade einfach und mit jeder Vorstellung vom Wesen der obligatio leicht und ungezwungen verträglich ist, daß sie einer natürlichen Anschauung entspricht, und daß wir durch sie, wenn sie sich bewähren sollte, auf die Hauptfrage, welche Aufhebungsgründe und warum dieselben für sämmtliche correi, oder aber nur für den betreffenden einzelnen wirken, eine leichte und sichere Antwort gewinnen. Auch das möchte vielleicht noch zu ihren Gunsten anzuführen sein, daß sie sich sowol in Bezug auf Cor-

176) Vgl. z. B. Savigny Syst. V S. 220.

177) S. Savigny Syst. V. S. 256 ff. — Bezüglich des Unterschiedes der Correalität von der blosen Solidarität vgl. auch noch unten § 37.

Digitized by Google

reale, als auf alternative Obligationen eng an die bisher herrschende Meinung anschließt, ja sogar nur als ein richtigerer Ausdruck für diese zu betrachten ist. In der That, wenn man hinsichtlich alternativer Obligationen sagt, zwei Gegenstände seien in obligatione, aber nur alternativ, so daß nur einer davon wirklich geleistet zu werden brauche: so sagt man ja damit, daß nicht beide Gegenstände neben einander, einer und der andere, geschuldet seien, sondern nur einer oder der andere. Das heißt aber eigentlich: blos einer der beiden Gegenstände ist in obligatione, nur ist zunächst noch ungewiß, welcher; erst durch die Wal eines derselben wird diese Ungewißheit gehoben. Und ebenso bei der Correalität. Es ist, so lehrt man, nur Eine obligatio vorhanden, die sich aber gleichzeitig und ungeteilt auf mehrere Subjecte in der Art bezieht, daß Jeder das Ganze zu fordern oder zu leisten hat, als ob er der Einzige wäre, das Ganze jedoch nur Einmal zu leisten ist. Dies kann nun doch unmöglich so gemeint sein, daß Mehrere neben einander, Einer und der Andere, Jeder das Ganze zu fordern oder zu leisten hätten; denn damit würde sich schlechterdings nicht vertragen, daß dieses Ganze blos Einmal zu leisten wäre, sondern es wäre dann offenbar so viel mal zu leisten, als Gläubiger oder Schuldner vorhanden [178]. Vielmehr kann

---

178) Man wird mir nicht etwa das Verhältniß bei der blosen Solidarität entgegenhalten wollen. Denn bei derselben handelt es sich um eine Leistung, die ihrer Natur nach nur Einmal geschehen kann, während bei Correalobligationen die Beschaf-

Digitized by Google

man damit nur sagen wollen, von Mehreren sei Einer oder der Andere zu derselben ganzen Leistung berechtigt oder verpflichtet, was dann eben wieder heißt: es ist vorläufig noch ungewiß, wer von den Mehreren Gläubiger oder Schuldner ist, so daß erst die Wal unter ihnen die Ungewißheit beseitigt.

Soweit ist gewiß Alles der hier vorgetragenen Ansicht günstig; es wird sich darum handeln, ob sie auch den Quellen entspricht. Dies wird nun im folgenden nachzuweisen sein, und zwar sowol für die alternative als für die Correalobligation.

Daß zunächst zwischen beiden Verhältnissen ein naher Zusammenhang obwaltet, wird schon daraus wahrscheinlich, daß durch Vermächtniß ein Correalverhältniß mittels Anwendung derselben Form, welche zur Begründung alternativer Obligationen (und Legate) dient, nämlich einfach mittels alternativer Nennung der Berechtigten oder Verpflichteten begründet werden kann [179]). Auch bei Sti-

---

fenheit des Gegenstandes einer mehrmaligen Leistung nichts in den Weg legen würde. S. unt. § 37.

179) Vgl. L. 25 pr. de legat. III (32), — L. 8 § 1 de legat. I (30), worin die Worte „et solutum" unzweifelhaft mit Rücksicht auf L. 28 C. de fideiuss. 8, 41 interpolirt sind, L. 9 pr. fin. h. t. 45, 2, wo aber statt „et" offenbar „aut" gelesen werden muß. Eine active Correalobligation kann seit L. 4 C. de V. S. 6, 38 durch alternative Nennung der Bedachten nicht mehr begründet werden. — Es ist vielleicht hier der Ort, über L. 4 C. cit. einiges zu bemerken. Justinian sagt uns, wenn bei leztwilligen Verfügungen zwei Personen alternativ als Bedachte genannt worden seien, so

pulationen, bei denen allerdings blose alternative Nennung zweier Personen („Mihi aut Titio," „te aut Titium")

---

hätten darüber in früherer Zeit große Meinungsverschiedenheiten obgewaltet, ob nämlich 1) eine solche Bedenkung ungültig, oder 2) occupantis melior conditio sei (also bei einem Damnationslegat ein actives Correalverhältniß entstehe), oder 3) Beide zusammen, Einer und der Andere berufen seien, oder 4) der an zweiter Stelle Genannte nur als Substitut, oder endlich 5) bei Fideicommissen der zulezt Genannte vielmehr als der allein Berufene betrachtet werden solle (quasi recentiore voluntate testatoris utens). — Wir könnten diese Meinungsverschiedenheiten (die übrigens zum Teil auf einer Verschiedenheit der Fälle beruhten), so sorgfältig man sie auszumerzen gesucht hat, doch noch zum Teil verfolgen, was einiges Licht auf L. 4 C. cit. selbst und deren an und für sich ziemlich sonderbar erscheinende Entscheidung (für die dritte der genannten Meinungen) zurückwerfen dürfte. Die vierte Meinung findet sich nämlich in L. 77 § 32 de legat. II (31) (Papinian.); der dritten aber, die uns besonders interessirt, begegnen wir in folgenden Stellen: L. 21 § 1 de statul. 40, 7 (Pompon.), L. 17 § 1 de legat. II (Marcellus), L. 24 eod. (Ulp. mit Berufung auf Marcellus vgl. L. 3 § 1 de adim. leg. 34, 4), L. 67 § 7 vgl. L. 77 § 4 eod. (Papinian.) Wie es sich damit verhielt, sagt am besten L. 21 § 1 cit.: Pactumeius Clemens aiebat, si ita sit fideicommissum relictum: „cui eorum voles, rogo restituas:" si nullum elegisset, cui restitueret, omnibus deberi, Imperatorem Antoninum constituisse. (Auf kaiserliche Constitutionen nimmt auch L. 4 C. cit. Bezug; ohne Zweifel ist darunter auch und vielleicht blos die in L. 21 § 1 cit. erwähnte gemeint). Ursprünglich galt, wie uns L. 16 de legat. II von Celsus lehrt, die Regel: wenn bei einem solchen Vermächtniß der Belastete unter den Genannten nicht wäle, so könne Jeder derselben das Ganze fordern, so daß

Digitized by Google

ein Correalverhältniß nicht erzeugt, weil man nicht durch seine Stipulation einem Andern eine Forderung verschaffen,

---

der zuerst Klagende den Vorzug habe (s. unt. § 36). Dies wurde nun dahin geändert: wenn Keiner gewält werde, so sollten Alle als gewält gelten und somit das Vermächtniß gemeinsam fordern können, oder auch, wie es wenigstens von den Juristen aufgefasst ward (vgl. L. 24, L. 67 § 7 de legat. II): Alle sollten als bedacht angesehen werden unter der Bedingung, daß der Erbe nicht Einen daraus wäle, dem er das Vermächtniß allein auszalen wolle. — Die ursprüngliche Beschränkung dieser Vorschrift auf Fideicommisse mit der Fassung: „cui eorum volet" wurde in beider Hinsicht nicht festgehalten, wie wir aus L. 17 § 1 de legat. II (Marcell.) vgl. L. 3 § 1 de adim. leg. (Ulp.) sehen, so daß wir also in L. 16 eod. jedenfalls älteres, zur Zeit des Marcellus schon nicht mehr praktisches Recht erblicken müssen. — Uebrigens entstanden bezüglich der Ausführung jener Vorschrift selbst wieder Zweifel. Alle sollten als bedacht angesehen werden, wenn der Belastete keinen davon wäle. Wann ist diese Bedingung erfüllt? (Man sieht, wir sind hierbei einem auch h. z. T. noch bestrittenen Punkte angekommen. Vgl. Goldschmidt in seiner Ztschr. f. Handelsrecht I S. 93 ff.) Marcellus meinte, wie aus L. 24 cit. erhellt: schon dann, wenn der Belastete nicht sofort Einen auswäle und ihm den vermachten Gegenstand anbiete. Papinian dagegen wollte nach L. 67 § 7 cit. vgl. L. 77 § 4 cit. die Erfüllung erst dann annehmen, wenn der Belastete ohne getroffene Auswal sterbe, und demnach nur den bei seinem Tode noch lebenden Vermächtnißnehmern das Vermächtniß (pro parte) zusprechen. Ulpian endlich hatte eine vermittelnde Ansicht; er wollte zunächst eine nach billigem Ermessen zu bestimmende Frist für die Wal gestatten. Lasse der Belastete dieselbe, ohne zu wälen, verstreichen, so sollten die zu dieser Zeit noch Lebenden zusammen das Vermächtniß

Digitized by Google

oder durch seine Promission einen Andern verpflichten kann, — auch bei Stipulationen kann aber durch alternatives Nennen einer Person neben dem Stipulator wenigstens ein Verhältniß, das des solutionis causa adiectus, geschaffen werden, welches der activen Correalität in vielen Stücken ähnlich ist. Wir kommen später auf diese Punkte zurück.

Für eine nahe Verwandtschaft der alternativen und der Correalobligation spricht aber ferner, daß dieselben in

---

erhalten (L. 24 fin. cit.). — So wird es nunmehr erklärlich, wie Justinian in L. 4 C. cit. zu der Verfügung kommen konnte, das Vermächtniß: „illi aut illi" solle von vornherein, und ohne dem Erben vorerst noch eine Wal zu gestatten, so behandelt werden, als ob es hieße: „illi et illi." Natürlich ist nicht zu zweifeln, daß durch besondere, unzweideutige Bestimmung der Testator auch jezt noch eine active Correalität durch Vermächtniß bewirken könnte. Wahrscheinlich wollte man dies durch Aufnahme von L. 16 de legat. II (31) andeuten. Nur hätte man dann freilich L. 24, 67 § 7, L. 77 § 4 eod. und L. 21 § 1 de statul. 40, 7 nicht aufnehmen sollen, Stellen, welche wohl geeignet sind, jenen der L. 16 cit. im Justinianeischen Rechte beigelegten Sinn wieder zweifelhaft zu machen. Indessen dürfen wir uns über diese Achtlosigkeit um so weniger beklagen, als sie es ist, welche uns Aufschluß über die außerdem völlig rätselhafte Bestimmung in L. 4 C. cit. verschafft. — (Aus den vorstehenden Bemerkungen ergibt sich zugleich, daß es nicht richtig ist, wenn es bei Ribbentrop S. 119 heißt, daß im Fall der L. 24 de legat. II cit. „von dem Augenblicke an, wo sich der Beschwerte hätte erklären sollen, eine wahre Correalobligation stattfinde." Vgl. aber auch Savigny Obl. I S. 158).

Digitized by Google

unsern Quellen neben einander gestellt werden, und von der einen auf die andere geradezu geschlossen wird, wie dies namentlich in L. 128 de V. O. 45, 1 geschieht[180]). In andern Stellen wird wenigstens unmittelbar von der einen auf die andere übergegangen, weshalb man gewiß annehmen darf, auch in der Anschauung seien sie nahe verbunden gewesen, so daß der Gedanke leicht von dem einen Verhältniß auf das andere geführt werden konnte[181]). Endlich ist aus L. 15 h. t. 45, 2 im Zusammenhalt mit L. 141 de V. O. 45, 1 (beide aus Gai. l. 2 de V. O.) zu schließen, daß schon Gaius die Correalobligationen, alternativen Obligationen und das Verhältniß des solutionis causa adiectus in engster Verbindung mit einander behandelt hat.

Dies mag einstweilen dazu beitragen, um eine der hier vertheidigten Ansicht günstige Stimmung hervorzurufen. Eine volle Ueberzeugung von deren Richtigkeit, namentlich von der vollkommen analogen Natur der alternativen und der Correalobligation kann nur durch einen

180) Paul. l. 10 Quaest: — Si duo rei stipulandi ita exstitissent, ut alter utiliter, alter inutiliter stipularetur: ei, qui non habet promissorem obligatum, non recte solvitur, quia non alterius nomine ei solvitur, sed suae obligationis, quae nulla est. Eadem ratione, qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiam si desierit eius esse, non recte solvitur, quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

181) Vgl. L. 4 pr. § 1 und § 2 C. de V. S. 6, 38, — L. 82 § 5 und § 8 de legat. I (30), — L. 8 § 1 und § 2 eod..

Digitized by Google

Nachweis für jedes der beiden Verhältnisse insbesondere geliefert werden, zu dem ich nunmehr übergehen will. Und zwar soll zuerst die alternative Obligation betrachtet werden. Dabei ist es natürlich nicht meine Absicht, die ganze weitschichtige Lehre von derselben zu erschöpfen, sondern vielmehr nur so viel zu geben, als zur klaren Einsicht in deren Wesen erforderlich ist.

b) Nachweis für die alternative Obligation insbesondere.

§ 25.

In Betreff der alternativen Obligation habe ich behauptet, es sei nur eine von mehreren Leistungen in obligatione, aber vorläufig noch ungewiß (in pendenti), welche, so daß erst durch die Wal (electio) einer derselben die Ungewißheit beseitigt werde. Es sollen nun alle diese Punkte bewiesen werden; zuerst, daß nur Ein Gegenstand in obligatione ist, aber noch ungewiß, welcher.

Ich berufe mich dafür zuvörderst auf Quellenäußerungen, in welchen der Saz geradezu und unmittelbar ausgesprochen ist; z. B.:

L. 112 pr. de V. O. 45, 1: Pompon. l. 15 ad Qu. Mucium: — Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet, et is erit solus in obligatione.

L. 46 § 1 de iure dot. 23, 3:

Iulian. l. 16 Dig.: — Si debitori suo mulier nuptura ita dotem promisisset: „Quod mihi debes,

Digitized by Google

aut fundus Sempronianus doti tibi erit": utrum mulier velet (vollet?), id in dote erit.

L. 9 § 1 de fundo dotali 23, 5:

African. l. 8 Quaest.: — Quodsi ei promittat, qui fundum aut decem debuit, in arbitrio esse mariti, quod in dote sit. Vgl. § 2, 3 eod.

L. 25 pr. de contr. emt. 18, 1:

Ulpian. l. 34 ad Sabin.: — Si ita distrahatur: „illa aut illa res": utram eliget venditor, haec erit emta.

L. 106 de V. O. 45, 1:

Iavol. l. 6 Epist.: — Qui ex pluribus fundis, quibus idem nomen impositum fuerat, unum fundum sine ulla nota demonstrationis stipuletur: incertum stipulatur, id est eum fundum stipulatur, quem promissor dare voluerit; tamdiu autem voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id, quod promissum est, solvatur.

Vgl. L. 20 de legat. I (30):

Pompon. l. 5 ad Sabin.: — Qui duos servos haberet et unum ex his legasset, ut non intelligeretur, quem legasset, legatarii est electio.

Das Verhältniß tritt auch sehr deutlich in folgender Stelle zu Tage:

L. 8 § 4 de novat. 46, 2.

Ulp. l. 46 ad Sabin.: — Si „decem, quae mihi Titius debet, aut decem, quae Seius debet," a Tertio stipulatus fuero: putat Marcellus, neutrum

Digitized by Google

liberari, sed Tertium eligere posse, pro quo decem solvere vellet. Vgl. L. 26 eod.

Das heißt, es ist zunächst noch unentschieden, wessen Schuld, ob die des Titius oder die des Seius novirt, welcher von beiden also befreit ist. Die Wal des Tertius erst wird darüber entscheiden.

§ 26.

Sagen schon diese Stellen deutlich genug, daß blos Ein Gegenstand in obligatione sei und nur vorerst noch unentschieden, welcher: so geht dies noch deutlicher aus manchen Anwendungen hervor.

Ein Legat dessen, was ein Dritter dem Erblasser schuldig ist, gilt nur dann, wenn der Gegenstand wirklich geschuldet wird [182]). Sezen wir nun einen Erblasser, der alternativ den Stichus oder zehn zu fordern hat und „den Stichus, der ihm geschuldet werde" legirt. Nach der Meinung, daß bei alternativen Obligationen beide Gegenstände gleichmäßig geschuldet seien, sollte man erwarten, das Legat müsste unter allen Umständen gültig sein; nur müsste, wenn der Schuldner die zehn leiste, dem Legatar etwa blos der Wert des Stichus entrichtet werden. Nach der hier verteidigten Ansicht dagegen muß man sagen: es ist blos Ein Gegenstand geschuldet, nur noch unentschieden, welcher. Demnach wird also im obigen Fall auch zunächst noch ungewiß sein, ob das Legat gültig ist. Die spätere Wal des Schuldners wird über beide Fragen

182) L. 75 § 1, 2 de legat. I (30).

Digitized by Google

entscheiden. Und wie sagen nun die Quellen? In L. 75 § 4 de legat. I wird unser Fall von Ulpian im engsten Zusammenhange mit dem vorhin (bei Anm. 182) erwähnten Saze behandelt und in Anwendung desselben geurteilt:

Si Stichum consecutus fuerit, praestabit ei, si decem, nihil consequetur; secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius is, cui Stichus legatus est.

S. auch L. 50 § 1 de legat. II:

Marcellus l. 28 Dig.: — Si Titius mihi Stichum aut decem debeat, et legavero tibi „Stichum, quem mihi debet": placet exstingui legatum decem solutis. Et si diversis, alii decem, alii Stichus legatus fuerit: ex eventu solutionis legatum valet[183]).

---

183) Bezüglich des zweiten in der Stelle erwähnten Falles scheinen indessen die römischen Juristen verschiedener Meinung gewesen zu sein. Nach L. 76 de legat. I von Julian müsste nämlich in einem solchen Fall der Erbe dem einen Legatar seine Klage abtreten, dem andern den Wert des Stichus oder Pamphilus zalen. Diese Meinung darf man sogar ihrer auffälligen Stellung und ihres engen Anschlusses an L. 75 § 4 cit. wegen als diejenige ansehen, welche man (als die billigere) eigentlich recipiren wollte. Arndts Pand. § 576 versteht die L. 76 von einer alternativen obligatio, bei welcher der Erblasser, also der Gläubiger die Wal gehabt. Ebenso auch schon die Glosse ad L. 76 cit.; Cujacius ad L. 75 § 3 — L. 76 cit. in Recitat. ad l. XXXIII Dig. Salvii Juliani; Voet in Comment. ad tit. de legat. et fideic. § 24. Obwol zur Vereinigung von L. 76 und L. 50 § 1 citt. im Sinne

Digitized by Google

Wenn bei einer alternativen Obligation auf zehn oder den Stichus der Schuldner fünf zalt, so sollte man,

---

des Justinianeischen Rechtes der Ausweg gewiß zu loben ist, so ist doch, im Sinne Julians betrachtet, der Inhalt der L. 76 einer derartigen Auslegung nichts weniger als günstig; denn von dem, was der eigentliche Entscheidungsgrund wäre, daß nämlich der Erblasser die Wal gehabt, ist nicht nur nichts angedeutet, wie dies doch z. B. in L. 75 § 3 eod. geschieht, sondern Julian spricht auch blos von einer einfach alternativ auf zwei Gegenstände gerichteten Stipulation (Quodsi quis Stichum aut Pamphilum stipulatus Sempronio rel.), wobei aber bekanntlich immer dem Schuldner die Wal zusteht. Vgl. Averanii Interpret. iuris. Lib. V cap. 15 § 12. — Eine triftige Erklärung der L. 76 cit. dürfte ihre Schwierigkeiten haben. Man könnte sagen, Julian habe nicht, wie Marcellus, auf den endlichen Erfolg, sondern — wegen der regula Catoniana — auf die Zeit der Testamentserrichtung gesehen. In diesem Zeitpunkt war es ungewiß, welcher der Gegenstände der geschuldete sei, und es fragt sich daher, wie man diese Ungewißheit auf das Legat wirken lassen soll. Man hat nur die Wal zwischen zwei Arten der Behandlung. Entweder man behandelt die Sache so, als ob keiner der Gegenstände geschuldet sei, wo denn beide Legate für ungültig erklärt werden müssten, oder man lässt umgekehrt, was gleich gut möglich, die Behandlung eintreten, als wären beide Gegenstände geschuldet, man erklärt also beide Legate für gültig. In diesem Zweifel muß aber die bei leztwilligen Verfügungen anzuwendende benigna interpretatio zu der leztern Entscheidung führen. — Allein diese Erklärung scheint mir nicht nur an sich, sondern insbesondere auch mit Rücksicht auf L. 75 § 4 eod. bedenklich, wonach Julian allerdings auf den schließlichen Erfolg sah. — Eine andere mögliche Erklärung wäre die: Bei dem legatum nominis braucht der Erbe dem Legatar lediglich seine Klage abzutreten. Dies muß auch bei einem Legat der in L. 76 cit. erwähnten Art aner-

Digitized by Google

wären wirklich beide Gegenstände in obligatione, meinen, der Schuldner sei sogleich zur Hälfte befreit, und könne nun, um sich völlig zu befreien, etwa auch noch die Hälfte des Stichus leisten. Dies verhält sich aber bekanntlich anders. Es ist nach deutlichen Quellenzeugnissen zunächst noch in pendenti, ob die Zalung der fünf überhaupt irgend einen befreienden Einfluß gehabt hat. Zalt der Schuldner später die andern fünf, so ist er nun völlig befreit; zalt er den Stichus, so kann er die fünf als indebita zurückfordern; leistet er endlich nur die Hälfte des Stichus, so ist seine Befreiung noch immer, nach wie vor, in pendenti. Besonders augenfällig wird das Verhältniß, wenn der ursprüngliche Gläubiger oder Schuldner mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt [184]).

kannt werden. Hier tritt blos die Eigentümlichkeit ein, daß der Erbe, der selbst nur alternativ klagen kann (Gai. IV, 53a), auch dem Legatar nicht die Klage auf einen der beiden Gegenstände allein, sondern nur alternativ auf beide abzutreten im Stande ist. Weil nun aber jeder der beiden Legatare: Sempronius und Mävius gleichen Anspruch auf Abtretung der Klage haben: so bleibt kein anderer Ausweg, als daß dem einen die Klage, dem andern die aestimatio geleistet wird. — Indessen auch diese Auslegung kann mich mit Rücksicht auf L. 75 § 4 eod. nicht befriedigen. Man sieht nicht ein, warum das dort angegebene Auskunftsmittel nicht auch hier anwendbar gewesen wäre. Sollte es nicht vielleicht das einfachste sein, in den Worten: „oneratus heres intelligitur" eine Hinweisung auf die Absicht des Testators zu finden, nach welcher in der von Julian angegebenen Weise zu entscheiden sei? Vgl. Mühlenbruch Cession 3. Aufl. S. 265 Anm. 43 a. E., Averanii Interpr. iur. L. V cap. 15 bes. § 9 und 11.

184) L. 2 § 1, 2, L. 85 § 4 de V. O. 45, 1, — L. 26 § 13,

Digitized by Google

Gewöhnlich führt man diese, von dem hier bekämpften Standpunkt aus ziemlich auffallende Erscheinung auf eine Unteilbarkeit der alternativen Obligation zurück, von der man dann freilich selbst einräumt, daß sie in allen andern Stücken nicht vorhanden sei. Im übrigen sucht man dieselbe durch Rücksichten auf den Gläubiger zu rechtfertigen. Hören wir z. B., was Savigny [185]) sagt! „Gesezt der Schuldner eines Pferdes liefert die intellectuelle Hälfte eines Pferdes, so ist er dadurch noch nicht sicher befreit von der Hälfte seiner Schuld. Denn es wäre möglich, daß er nun noch die Hälfte eines anderen Pferdes lieferte, und auf zwei Hälften verschiedener Pferde kann Niemand reiten, da doch die Obligation dem Gläubiger den Anspruch auf ein ganzes Pferd mit vier zusammenhängenden Beinen gab. Es entsteht also durch die Lieferung einer Hälfte eine unsichere Tilgung, so lange von ungewisser Wirkung, bis durch die Lieferung der andern Hälfte desselben Pferdes die Schuld ganz getilgt ist. Auf ähnliche Weise verhält es sich auch bei der alternativen Obligation u. s. w."

Abgesehen davon, daß die intellectuelle Teilung den Zusammenhang der Beine des Pferdes nicht löst, und sich zwei Leute gar wohl ein gemeinschaftliches Pferd anschaffen können, um abwechselnd darauf zu reiten, muß an jener Folgerung von vornherein ihr wenig juristischer Anstrich auffallen. Indessen, da das Rechtsgebäude nicht

14 de cond. ind. 12, 6, — L. 15 de legat. II (31), — L. 9 § 1, L. 34 § 10 de solut. 46, 3.

185) Obligationenrecht I S. 346. Vgl. auch Vangerow III S. 14.

Digitized by Google

blos ein kahles System rein formaler Logik darstellt, sondern gar mancherlei Rücksichten hineinspielen, könnte man die Folgerung doch allenfalls noch gelten lassen, wenn sie nur überall Stich hielte. Aber nehmen wir einmal mehrere Erben des stipulator. Wenn hier ein Pferd oder 1000 geschuldet sind, so kann doch dem einen Erben, dem die intellectuelle Hälfte des Pferdes geleistet wird, ganz und gar nichts darauf ankommen, ob nun der andere die zweite Hälfte, oder ob er 500 bekommt. Denn immer würde jener ja nur Miteigentum des Pferdes zur Hälfte erhalten; juristisch muß es ihm ganz einerlei sein, ob der andere Erbe oder der Schuldner das Miteigentum zur andern Hälfte hat. Er kann es sogar leicht erwünschter finden, wenn dieser, als wenn der erste sein Miteigentümer ist. Dennoch kann nach unzweideutigen Quellenzeugnissen auch hier nicht dem einen Erben das halbe Pferd, dem andern eine Summe von 500 geleistet werden. Ferner würden Savigny's Gründe auf folgenden Fall ganz und gar nicht passen: Jemand ist verpflichtet, acht Pferde oder eine gewisse Summe zu leisten. Gewiß kann er auch hier nicht vier Pferde und die Hälfte der Summe zalen, obwol man sich dafür vielleicht sehr gut vier oder noch mehr andere Pferde anschaffen kann. Für einen ganz ähnlichen Fall ist dies denn auch in L. 8 § 2 de legat. I ausdrücklich ausgesprochen.

Wenn endlich nur die Rücksicht auf den Gläubiger die hier in Rede stehende Erscheinung hervorgerufen hätte, so wäre es doch unstreitig viel einfacher und näher liegend gewesen, in anderer Weise zu helfen, indem man nämlich

Digitized by Google

durch Leistung der Hälfte des einen Gegenstandes den Schuldner wirklich zum Teil als befreit erachtet, dem Gläubiger aber ein Recht gegeben hätte, nun noch die Leistung der andern Hälfte des gleichen Gegenstandes zu verlangen. Man hätte dies auch noch so rechtfertigen können: der Schuldner, der die Hälfte des einen Gegenstandes liefere, habe damit diesen ein für allemal gewält und auf die Wal des andern verzichtet. Wenn man gleichwol dem Schuldner noch immer gestattete, den leztern zu wälen und zu leisten und die bereits gezalte Hälfte des ersten Gegenstandes als indebitum zurückzufordern: so kann man, meine ich, darin nicht eine billige Rücksicht auf den Gläubiger, sondern vielmehr nur auf den Schuldner sehen, dem im allgemeinen bis zur wirklichen Leistung die Wal und sogar eine Aenderung des allenfalls bereits erklärten Willens freisteht, ein Recht, das man nicht wegen teilweiser Leistung eines Gegenstandes verkümmern wollte [186]).

Nach der hier verteidigten Meinung erklärt sich die Sache höchst einfach: Bei der alternativen Obligation ist nur einer von zwei Gegenständen in obligatione; welcher dies aber ist, bestimmt sich erst durch die Wal des Schuldners, die definitiv und bindend erst durch volle Leistung eines der beiden Gegenstände geschieht. Wenn daher vorerst ein Teil eines der beiden Gegenstände gezalt wird, so ist immer noch ungewiß, ob dies der geschuldete

186) Vgl. L. 106, 138 § 1 de V, O. 45, 1; Savigny Obl. I S. 391.

Gegenstand ist oder nicht, ob das Geleistete debitum oder indebitum war. Folglich muß auch noch in pendenti sein, ob die Teilzalung den Schuldner zum Teil befreit hat oder nicht. Erst dadurch, ob später noch der andere Teil desselben Gegenstandes oder aber der andere Gegenstand geliefert wird, klärt sich dies alles auf, so daß sich nun nachträglich herausstellt, entweder der Schuldner sei wirklich durch die Teilzalung auch zum Teil befreit worden, oder dieselbe sei indebitum gewesen, in welchem Fall denn die condictio indebiti statthaft ist.

Daß ich aber mit dieser Schlußfolgerung nichts in die Quellen hineintrage, wird wol aufs deutlichste dadurch bewiesen, daß sich dieselbe fast mit den nämlichen Worten in L. 26 § 13 de cond. ind. 12, 6 findet:

Ulp. l. 26 ad Edictum: — Si decem aut Stichum stipulatus (stipulato?) solvam quinque, quaeritur, an possim condicere. Quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque; nam, si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. Placuit autem, ut Celsus lib. VI et Marcellus lib. XX Dig. scripsit, non perimi partem dimidiam obligationis, ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse „reliqua quinque aut Stichum"; et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. Sic posterior solutio compro-

Digitized by Google

babit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur.

Vgl. L. 2 § 1 fin. de V. O. 45, 1.

Auch in der oben berührten L. 8 § 2 de legat. I wird dafür, daß bei dem Legat: „lecticarios octo aut pro his in homines singulos certam pecuniam, utrum legatarius volet" nicht ein Teil der Sklaven und statt der übrigen das Geld gefordert werden könne, als Entscheidungsgrund angegeben: „quia unum in alterutra causa legatum est." Das heißt aber m. a. W., es ist Ein Legat vorhanden, welches entweder auf die Sklaven oder auf das Geld geht, nicht aber auf Sklaven und Geld; es ist also blos Ein Gegenstand in legato, nur bestimmt sich erst durch die Wal des Legatars, welcher.

Von einer Unteilbarkeit alternativer Obligationen kann sonach in keiner Weise die Rede sein.

§ 27.

Dies mag genügen und mehr als genügen, um darzuthun, daß wirklich bei alternativen Obligationen nur Eine von mehreren Leistungen in obligatione ist, so daß aber vorläufig noch Ungewißheit darüber herrscht, welche[187]).

187) Als hauptsächlichste Beweisstelle dafür, daß bei der alternativen Obligation beide Gegenstände in obligatione, nur einer aber in solutione sei, pflegt man gewöhnlich L. 128 fin. de V. O. 45, 1 (s. oben Anm. 180) anzuführen. Nun wäre es an sich gar nicht auffallend, wenn wirklich in einer oder der andern Stelle eine derartige Wendung vorkäme, da dieselbe bei

Digitized by Google

Ich habe nun ferner behauptet, es sei die Wal (electio) eines der beiden Gegenstände, welche die Ungewißheit hebe.

---

nicht ganz scharfer Sprechweise offenbar sehr nahe liegt. Allein wenn man in L. 128 cit. eine solche Wendung finden will, so muß ich dies als ein entschiedenes Mißverständniß bezeichnen. In L. 128 cit. wird zunächst gesagt, wenn die Stipulation des einen von zwei rei stipulandi ungültig sei, so könne ihm auch nicht einmal gültig gezalt werden. Denn er dürfe nicht etwa wenigstens als solutionis causa adiectus aufgefasst werden, weil darauf die Absicht nicht gerichtet gewesen (dies ist der eigentliche Sinn der Worte: „quia non alterius nomine ei solvitur, sed suae obligationis, quae nulla est." Vgl. L. 56 § 2, 3 de V. O. 45, 1, s. auch unten § 29). Derselbe Grund, fährt nun Paulus fort, leite bei folgender Entscheidung. Jemand hat „den Stichus oder Pamphilus" stipulirt; bezüglich des einen ist aber die Stipulation ungültig, weil er schon im Eigentum des Stipulator war. Dieser könne nun, selbst wenn er später aus dem Eigentum des Stipulator heraustrete, dennoch nicht gültig gezalt werden: „quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem." Das kann nach dem Obigen nur heißen: es sollte nach der Absicht der Parteien die Stipulation sich nicht etwa blos auf Einen bestimmten Gegenstand beziehen und nur dem Schuldner das Recht gegeben werden, sich nach seinem Belieben auch durch Leistung eines andern Gegenstandes zu befreien, es sollte also m. a. W. nicht etwa bezüglich des einen Gegenstandes nur eine s. g. facultas alternativa begründet werden, sondern die Absicht war, eine alternative Obligation zu begründen, es somit zunächst noch unbestimmt zu lassen, welcher der beiden Gegenstände der eigentlich geschuldete sei. Weil nun eine facultas alternativa nicht beabsichtigt war, so dürfen wir sie auch nicht annehmen, wenn etwa aus der Stipulation eine alternative Obligation nicht entstanden ist. — Daß dies der Entscheidungsgrund, wird zu allem Ueberflusse klar und unzweideutig durch L. 72 § 4

Wenn man dabei nur berücksichtigt, daß damit noch gar nichts darüber gesagt ist, wie diese Wal im einzelnen Fall geschehen müsse, um bindend zu sein, daß namentlich zu derselben je nach den Umständen und dem besondern Inhalte des Vertrages eine einfache wörtliche Erklärung hinreichend oder nicht hinreichend sein kann [188]): so wird man mir wol jeden fernern Beweis jenes Sazes erlassen, denn es ist ja bekannt genug, wie unzälige Male in unsern Quellen bei alternativen Obligationen von electio die Rede ist und von ihr die Entscheidung abhängig gemacht wird [189]). Ich will indessen zu allem Ueberflusse auch hier noch eine interessante Anwendung namhaft machen.

Wenn vor (bindend) geschehener Wal einer der alternativ geschuldeten Gegenstände untergeht, so kann er nun nicht mehr gewält werden, folglich ist der andere der allein geschuldete [190]). Erfolgt dagegen der (zufällige) Unter-

---

de solut. 46, 3 bewiesen: **Marcell.** l. 20 Dig.: — Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, quum esset meus Pamphilus: nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando; neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, nec obligatio, nec solutio. Bezüglich des Sprachgebrauchs vgl. L. 56 § 3 de V. O. 45, 1, — L. 11, 13 de stip. serv. 45, 3, — L. 98 § 7 de solut. 46, 3; s. auch unten § 29.

188) Vgl. L. 138 § 1 de V. O. 45, 1, — L. 112 pr. eod.

189) Man vgl. nur außer den oben genannten und den noch zu nennenden Stellen als besonders schlagend § 33 I. de action. 4, 6 und Gai. IV, 53a.

190) Vgl. **Savigny** Obl. I S. 397.

Digitized by Google

gang des Gegenstandes, nachdem dieser bereits gewält ist, so wird der Schuldner befreit und muß nicht etwa den andern Gegenstand leisten (wie man doch wol nach der Ansicht, beide Gegenstände seien in obligatione, nur einer in solutione, folgerichtig annehmen müsste).

L. 84 § 9 de legat. I (30):

Iulian. l. 33 Dig.: — „Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato": si dixerit heres, Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur. Quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.

L. 95 pr. de solut. 46, 3.

Papin. l. 28 Quaest.: — „Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes?" altero mortuo, qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit; tunc enim perinde solus ille, qui decessit, praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset[191]).

Hiemit scheint mir nun mein Beweis für die alternative Obligation vollständig erbracht, und ich gehe daher zur Correalobligation über.

---

191) Vgl. auch noch L. 11 § 1 de legat. II (31), — L. 105 de V. O. 45, 1. — Auf ähnlichen Gründen beruht auch die Entscheidung in L. 117 de V. O. 45, 1.

Digitized by Google

c) Nachweis für die Correalobligation insbesondere.

§. 28.

Hinsichtlich der Correalobligation kann allerdings ein so unmittelbarer Beweis, wie für die alternative Obligation, nicht geliefert werden. Es scheint, daß jenes Verhältniß den römischen Juristen nicht ganz so klar als dieses zum Bewusstsein gekommen ist. Zudem darf man hier schon um deswillen keine so bestimmten Aussprüche erwarten, weil bei Correalobligationen die Wal nicht, wie bei alternativen Obligationen, gerade blos auf Einen oder den Andern, sondern auch auf Mehrere oder Alle zugleich fallen kann (S. unt. § 36). Wir sehen uns also hier wesentlich auf Rückschlüsse aus den einzelnen Entscheidungen beschränkt. Sollten sich dieselben sämmtlich mit der oben entwickelten Auffassung ungezwungen vereinigen lassen, so werden wir dies im allgemeinen als genügenden Beweis betrachten müssen. Uebrigens will ich doch auch nicht gänzlich auf unmittelbare Beweisgründe verzichten.

Wenn nach den vorstehenden Ausführungen nicht wohl zu leugnen sein dürfte, daß bei alternativen Obligationen wirklich nur einer von zwei Gegenständen geschuldet ist, jedoch zunächst noch ungewiß, welcher, so daß erst die Wal hierüber entscheidet: so muß schon von vornherein wahrscheinlich werden, daß auch das Correalverhältniß eine ähnliche juristische Gestaltung haben könnte. Besonders wahrscheinlich wird dies, wenn man bedenkt,

Digitized by Google

daß durch letztwillige Verfügung Correalverhältniß und alternative Obligation mittels Anwendung der gleichen Form, nämlich durch einfache alternative Nennung zweier Personen bezw. Gegenstände begründet werden. Allein mich dünkt, die alternative Fassung selbst (ille aut ille) zeigt schon deutlich, daß nicht Beide zugleich (ille et ille), sondern eben blos Einer von Beiden berechtigt oder verpflichtet ist, so daß zunächst nur Unentschiedenheit darüber herrscht, welcher. (Allerdings kann die Wal auch auf Beide fallen; sie sind dann aber nach den gewöhnlichen Regeln nur pro parte berechtigt oder verpflichtet. Darüber unten). Dies Ergebniß geht denn, wenn man unbefangen herantritt, auch deutlich genug aus den Quellen hervor.

L. 25 pr. de legat. III (32):

Paul. l. 1 ad Nerat.: — „Ille aut ille heres Seio centum dato!" potest Seius, ab utro velit, petere.

L. 8 § 1 de legat. I (30):

Pompon. l. 2 ad Sabin.: — Si ita scriptum sit: „Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato": cum utro velit, Seius aget, ut, si cum uno actum sit (et solutum), alter liberetur.

L. 16 de legat. II (31):

Celsus l. 16 Dig.: — Si „Titio aut Seio, utri heres vellet" legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur; si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli le-

Digitized by Google

gatum foret. Nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri.

Noch deutlicher aber ist eine Stelle, zu deren Verständniß ich folgendes vorausschicke. Wenn Jemand von zwei Grundstücken gleichen Namens eines stipulirt ohne nähere Bezeichnung, welches: so wird dies ganz wie eine alternative Obligation behandelt, als ob „ille aut ille fundus" stipulirt wäre. Ferner wenn Jemand zwei Sklaven gleichen Namens hat und einen davon legirt, ohne daß man weiß, welchen: so gilt dies als alternatives Legat, wie wenn es hieße: „illum aut illum servum lego"[192]). Hat nun Jemand einer von zwei Personen gleichen Namens ein Damnationslegat ausgesezt, ohne zu bestimmen, welche der beiden gemeint sei: so muß offenbar auch dies gerade so aufgefasst und behandelt werden, als ob die beiden Personen alternativ genannt wären („illi aut illi"). Gibt man dies zu, so ist der von mir behauptete und zu beweisende Saz ganz unzweideutig und mit dürren Worten ausgesprochen in L. 8 § 3 de legat. II:

Paul. l. 9 ad Plaut.: — Si inter duos dubitetur de eodem legato, cui potius dari oportet, utputa si Titio relictum est, et duo eiusdem

---

192) Vgl. L. 106 de V. O. 45, 1, — L. 20, 71 pr. de legat. I (30). Daß in solchen Fällen alternative Obligationen und Legate vorliegen, ist meines Wissens noch nie bezweifelt worden. Namentlich L. 106 cit. wird allgemein als eine der Hauptbeweisstellen in der Lehre von der alternativen Obligation benuzt. Vgl. Savigny Obl. I S. 391 (g), 393 (g), 394 (t), 400.

Digitized by Google

nominis amici testatoris veniant, et legatum petant, et heres solvere paratus sit, deinde ambo defendere heredem parati sint, eligere debere heredem, cui solvat, ut ab eo defendatur. Vgl. auch L. 16 ut legator. 36, 3.

§ 29.

Bei Stipulationen ist freilich die blose alternative Nennung zweier Personen nicht genügend, um eine Correalobligation zu bewirken. Dies hat aber seinen Grund gewiß nicht darin, daß jene Form dem Wesen der Correalität nicht völlig entsprochen haben würde, sondern lediglich in dem davon ganz unabhängigen Umstande, daß man durch seine Stipulation einem Andern keine Forderung verschaffen, durch seine Promission einen Andern nicht verpflichten kann. Hier musste man also notgedrungen eine andere Form wälen, welche sich aber — wenigstens ursprünglich — der eben gedachten doch so viel als möglich anschloß [193].

Bei der Stipulation eines im Miteigentum zweier Personen stehenden Sklaven fiel dieses Hinderniß weg. Der Sklave konnte die Stipulation auf den Namen eines der beiden Herren stellen, wodurch dieser ausschließlich die

193) Vgl. pr. I. h. t. 3, 16, — L. 4 h. t. 45. 2, — L. 28 § 2 de stip. serv. 45, 3. Welch nahe Verwandtschaft man zwischen dieser Form und der alternativen Nennung zweier Personen annahm, zeigt sich darin, daß man da, wo die Stipulation für einen der rei stipulandi ungültig war, zweifeln konnte, ob derselbe nicht wenigstens als solutionis causa adiectus zu betrachten sei. Vgl. L. 128 de V. O. 45, 1 und oben Anm. 187.

Digitized by Google

Forderung erwarb [194]). Wenn nun der Sklave seinen beiden Herren alternativ stipulirte („Titio aut Maevio dominis dare spondes?“): so sollte man nach den vorstehenden Erörterungen meinen, es hätte eine active Correalobligation entstehen müssen. Hier sagen uns jedoch die Quellen auf das unzweideutigste, eine solche Stipulation sei nichtig [195]). Nach der Art, wie sich L. 10 und L. 21 de stip. serv. 45, 3 äußern, könnte es sogar den Anschein gewinnen, als hätten die Römer eine Stipulation, bei der noch ungewiß, wem aus Mehreren die Forderung erworben sei, gar nicht für gültig gehalten, und dadurch könnte leicht die ganze, hier aufgestellte Ansicht über das Correalverhältniß, wonach dasselbe ja eben in einer solchen Ungewißheit des Gläubigers oder Schuldners bestehen soll, verdächtig werden [196]).

L. 10 cit.:

> Iulian. l. 52 Dig.: — Sed si ita stipuletur: „Titio decem aut Maevio fundum dare spondes?“ quia incertum est, utri eorum acquisierit actionem, idcirco inutilis stipulatio existimanda est.

L. 21 cit.:

> Venuleius l. I Stipul.: — Si servus communis ita stipuletur: „Kal. Ianuariis decem Titio aut

---

194) § 3 I. de stip. serv. 3, 17, — L. 5, 7 pr. § 1 D. eod. 45, 3.

195) L. 9 § 1 — L. 13, L. 21 de stip. serv. 45, 3.

196) Auf diesen möglichen Einwand hat mich mein verehrter Freund und College, Herr Prof. Dernburg aufmerksam gemacht. S. jetzt auch Girtanner die Stipul. S. 258 ff, dessen Auslegung ich übrigens für ganz verfehlt halten muß.

Digitized by Google

Maevio dominis, uter eorum tunc vivet, dare spondes?" inutilem esse stipulationem Iulianus scribit, quia non possit in pendenti esse stipulatio, nec apparere, cui eorum sit acquisitum.

Allein daß jedenfalls dies nicht der Grund gewesen sein kann, von dieser Seite sonach unsere Ansicht keiner Anfechtung ausgesezt ist, erhellt daraus, daß es andere Fälle gibt, in welchen zunächst noch Ungewißheit darüber besteht, wer von Zweien die Forderung aus einer Stipulation und insbesondere aus der Stipulation eines Sklaven erworben hat, und dennoch die Stipulation auf das bestimmteste, und gerade von Julian selbst, für gültig erklärt wird. Wir finden dies z. B., wenn ein in fremdem Nießbrauch stehender Sklave die Zahlung einer Summe stipulirt, die er erst später creditiren will. Wem hier, ob dem Eigentümer oder dem Nießbraucher, die Forderung erworben sei, das ist zunächst noch ungewiß und bestimmt sich erst dadurch, aus wessen Vermögen der Sklave das zu creditirende Geld entnimmt [197]).

Die Nichtigkeit der alternativ auf beide Herren gestellten Stipulation läßt sich auch nicht damit erklären, daß etwa der Sklave durch seine Stipulation kein Correalverhältniß unter seinen Herren hätte begründen können. Denn daß dies ganz gut möglich war, wenn nur der

197) L. 25 § 1 de usufr. 7, 1 verb: Idemque est et si forte stipulatus sit servus numeraturus pecuniam; nam numeratio declarabit, cui sit acquisita stipulatio; — L. 18 § 3 fin. de stip. serv. 45, 3 vgl. auch § 2 eod.

Sklave die gehörige Form anwandte („Decem illi domino, eadem decem alteri dare spondes?"), lehrt uns deutlich L. 29 de stip. serv. 45, 3.

Der Grund muß demnach wo anders liegen. Er ist aber, wie sich bei näherer Betrachtung ergibt, der folgende. Die Regeln über die Stipulationen der Sklaven sind denen über Stipulationen der Freien nachgebildet. Unter Freien wird nun durch eine alternativ auf zwei Personen gerichtete Stipulation („Mihi aut Titio dare spondes?") keine Correalobligation, sondern nur eine adiectio solutionis causa begründet. Dasselbe muß daher bei ähnlichen Stipulationen eines Sklaven eintreten. Der Unterschied ist allein der, daß der Freie, welcher nur für sich selbst gültig zu stipuliren vermag, die Stipulation auch blos auf sich oder einen Andern alternativ richten kann. Der Sklave dagegen kann nicht nur sich selbst, sondern auch seinem Herrn, und der servus communis sogar einem seiner Herren allein gültig stipuliren, weshalb er denn auch seine Stipulation nicht blos alternativ auf sich selbst oder einen Andern, sondern eben so wohl auf seinen Herrn bezw. einen seiner Herren oder einen Andern muß richten können. Immer aber wird bei Stipulationen der Sklaven, wie bei denen der Freien, wenn zwei Personen alternativ genannt sind, die eine blos als solutionis causa adjicirt angesehen. Dies tritt auch vollkommen ein, wenn der Sklave sich oder einem extraneus, oder auch seinem Herrn oder einem extraneus stipulirt. Weil der extraneus die Forderung selbst nicht erwerben kann, so kann er nur solutionis causa adiectus sein. Wenn nun

Digitized by Google

aber ein servus communis alternativ dem einen oder dem andern seiner Herren stipulirt, so muß man zwar ebenfalls wieder annehmen, der eine solle nur solutionis causa adiectus sein; allein der Umstand, daß jedem der beiden die Stipulation hätte erworben werden können, macht es hier ungewiß, wer eigentlicher Gläubiger und wer blos solutionis causa adiectus sei. In diesem Zweifel kann aber keiner der beiden Herren gegen den Schuldner klagen, denn dieser könnte immer behaupten, der Kläger sei nicht der Forderungsberechtigte, sondern nur solutionis causa adiectus, und der Kläger könnte das Gegenteil nicht beweisen. Deshalb ist denn eine solche Stipulation ungültig.

L. 11 de stip. serv. 45, 3:

Ulp. l. 48 ad Sabin. verb.: — Quum ergo cum Primo aut Secundo dominis stipulatio non constitit, nec solutio est (d. h. der eine nicht solutionis c. adiectus ist): illa ratio est, quia non invenimus, in cuius persona stipulatio constitit, in cuius solutio;

L. 12 eod.:

Paul. l. 10 Quaest.: — nam quum uterque obligationis capax sit, non invenimus, quis adiectus sit, quia non est, qui petere possit;

L. 13 eod.:

Ulp. l. 48 ad Sab.: — quum enim stipulatur domino aut extraneo servus, utrumque consistat, et in domini persona stipulatio, et in extranei

Digitized by Google

solutio; at hic τὸ ἰσάζον corrumpit stipulationem et solutionem.

Vgl. L. 98 § 7 de solut. 46, 3. — L. 1 § 5 de stip. serv. 45, 3. — L. 16 pr. de fideiuss. 46, 1[198]).

So wird denn nunmehr auch der eigentliche Sinn der Aussprüche in L. 10 und L. 21 eod. klar. Uebrigens war, wie aus L. 9 § 1 eod.[199]) hervorgeht, die Richtig-

---

198) L. 98 § 7 de solut. 46, 3.: Paul. l. 15 Quaest.: — Si servus fructuarius ex re fructuarii domino proprietatis aut fructuario stipuletur, inutilis est stipulatio; at ex re proprietarii si ipsi domino aut fructuario stipuletur, recte stipulatur, tantum enim solutionis capax est fructuarius hoc casu, non etiam obligationis quoque. — L. 1 § 5 de stip. serv.: Iulian. l. 52 Dig.: — Si fructuarius servus stipulatus esset fructuario aut proprietario: si quidem ex re fructuarii stipulatus esset, inutilis est stipulatio, quia utrique ex re fructuarii actionem acquirere potuisset; sed si aliud (al. aliunde) stipulatus fuisset, proprietarium petere posse; et si promissor fructuario solvisset, liberatur. — L. 16 pr. de fideiuss. 46, 1: Iulian. l. 53 Dig.: — Fideiussor obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est. Quare si servus communis Titii et Sempronii nominatim Titio dari stipulatus fuerit et fideiussorem ita interrogaverit: „Titio aut Sempronio id dare spondes?" Titius quidem petere a fideiussore poterit, Sempronii vero persona in hoc solum interposita videbitur, ut solvi ei ante litem contestatam, et ignorante vel invito Titio, possit.

199) Verb.: „quaesitum est, an consistat stipulatio. Cassius inutilem esse stipulationem scripsit, et Iulianus Cassii sententiam probat, eoque iure utimur.

keit einer Stipulation der in Rede stehenden Art keineswegs von Anfang an allgemein angenommen, und vielleicht haben wir es auch hier mit einem später durch die Praxis entschiedenen Schulstreite der Proculianer und Sabinianer zu thun. Welche Wirkung mochte nun einer solchen Stipulation von den Gegnern beigelegt werden? Ich wüsste kaum eine andere, als daß man ein Correalverhältniß unter den beiden Herren des Sklaven annahm. Sollte dies aber richtig sein, so wäre damit soviel bewiesen, daß man auch bei Stipulationen die alternative Fassung an sich als eine dem Wesen der Correalität durchaus entsprechende Begründungsform anerkennen musste. Dafür spricht aber ferner noch, daß durch alternative Richtung der Stipulation auf zwei Personen wenigstens ein dem Correalverhältniß analoges Verhältniß, das schon genannte des solutionis causa adiectus begründet werden kann. Abgesehen davon nämlich, daß der adiectus kein Forderungsrecht hat, und von den Folgen, die daraus fließen, gelten in der That bezüglich dieses Verhältnisses ganz ähnliche Regeln wie bezüglich der Correalität. Namentlich hat der Schuldner gegenüber dem adiectus wesentlich dieselben Befugnisse, wie gegenüber einem zweiten correus credendi. Aber auch sonst finden wir analoge Entscheidungen. So wird uns zwar gesagt, daß der adiectus nicht fordern, keine Novation, keine Acceptilation vornehmen, keinen fideiussor annehmen, kein Pfandrecht erwerben, daß ihm nicht suo nomine gültig constituirt werden kann [200]. Dagegen kann ihm der Schuldner

200) L. 10 de solut. 46, 3, — L. 10 de novat. 46, 2, — L. 23

Digitized by Google

gültig zalen, selbst gegen den Willen des Gläubigers, und wird dadurch, wie durch Zalung an einen correus, ipso iure liberirt [201]). Ferner können, wie bei correi, Zeitbestimmungen und Bedingungen hinsichtlich des Gläubigers und des adiectus verschieden sein [202]), und durch Litiscontestation von Seite des Gläubigers wird auch die Befugniß ferner an den adiectus zu zalen, aufgehoben [203]). Ein constitutum an den Gläubiger, ihm allein zu zalen, beseitigt gleichfalls die Befugniß zur Leistung an den adiectus, ganz wie es bei dem Correalverhältnisse der Fall, ja es werden sogar in Betreff dieses Punktes beide Verhältnisse in den Quellen unmittelbar zusammengestellt [204]). Endlich musste, wieder einem ähnlichen Saze bei Correalobligationen entsprechend, das Versprechen rücksichtlich des adiectus ganz auf denselben Gegenstand gehen, wie rücksichtlich des Gläubigers. War eine andere Leistung an den adiectus, als an den Gläubiger ver-

---

de fideiuss. 46, 1, — L. 33 de pign. 20, 1, — L. 7 § 1 de pec. const. 13, 5.

201) § 4 I. de inutil. stip. 3, 19, — L. 12 § 3, L. 106 de solut. 46, 3.

202) L. 141 § 6—8 de V. O. 45, 1, — L. 98 § 4 de solut. 46, 3.

203) L. 57 § 1 de solut. 46, 3. Vgl. L. 16 pr. de fideiuss. (Ob. Anm. 198).

204) L. 8 vbd. L. 10 de pec. const. 13, 5, beide aus Paul. l. 29 ad Edictum, wo sich offenbar die Stellen unmittelbar an einander anschlossen. (In L. 8 cit. ist das „soli mihi" nicht zu übersehen, denn vgl. L. 59 de solut. 46, 3, gleichfalls von Paulus, so daß ein Widerspruch nicht angenommen werden kann).

Digitized by Google

sprochen („Mihi decem aut Titio hominem"), so wurde der Schuldner durch die Leistung an den adiectus nicht ipso iure frei, sondern man gestattete ihm nur gegen fernere Klage des Gläubigers eine exceptio. So war wenigstens die Meinung mancher Juristen [205]), während Andere allerdings eine abweichende Ansicht hatten und den Schuldner ipso iure frei werden ließen. Diese Meinungsverschiedenheit erklärt sich aus der zweideutigen Natur einer derartigen Stipulation. Man konnte zweifeln, was überwiege: ob die alternative Beifügung der andern Person, so daß die Analogie der Correalobligation anzuwenden sei, oder die alternative Beifügung der andern Leistung, wo denn das Verhältniß als alternative Obligation zu betrachten war. Entschied man sich für jenes, so musste man in Betreff des oben beregten Punktes zu der ersten, — wenn für dieses, zu der zweiten Meinung kommen [206]).

Daß aber eine so verschiedene Auffassung überhaupt möglich war, daß man in Betreff der Behandlung solcher Stipulationen zwischen den Grundsäzen der Correalobligationen, oder aber der alternativen Obligationen schwanken konnte: darin liegt wieder einer der sprechendsten Beweise für die vollkommene Analogie, welche unter diesen beiden Instituten besteht.

---

205) L. 141 § 5 de V. O. 45, 1 vbb. L. 15 h. t. 45, 2 beide aus Gai. l. 2 de Verb. obl.

206) L. 98 § 6 de solut. 46, 3 (Paul. l. 15 Quaest.), vgl. L. 44 § 4 de O et A. 44, 7 (Paul. l. 74 ad Edict.).

Digitized by Google

§ 30.

Muß nun auch bei Stipulationen zur Erzeugung eines Correalverhältnisses eine andere Form angewendet werden, als bei Vermächtnissen: so ist doch soviel unzweifelhaft, daß die Correalität in dem einen Fall ganz dieselbe Natur hat, wie im andern[207]). Wenn also nach früheren Erörterungen die hier verteidigte Auffassung für die durch Vermächtniß begründeten Correalobligationen ihre Richtigkeit hat, so dürfen wir dies von den aus Stipulation, überhaupt aus Rechtsgeschäften unter Lebenden hervorgegangenen ebenfalls behaupten. Daß aber wirklich durch jene Auffassung das Wahre getroffen, daß also in der That bei Correalverhältnissen zunächst noch ungewiß (in pendenti) ist, wer aus Mehreren Gläubiger oder Schuldner ist, wer sonach den Vorteil oder Nachteil hat — sofern nicht eine unter den correi bestehende Societät nachträglich eine Ausgleichung herbeiführt —: dafür läßt sich schließlich noch eine ganz unzweideutig redende Stelle anführen:

L. 62 pr. ad L. Falc. 35, 2:

Ulp. l. 1 ad L. Iul. et Pap.: — In lege Falcidia hoc esse servandum Iulianus ait, ut si duo rei promittendi fuerint, vel duo rei stipulandi, si qui-

207) Vgl. L. 16 de legat. II (31) verb.: nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri; — L. 8 § 1 de legat. I (30), — L. 9 pr. h. t. 45, 2.

Digitized by Google

dem socii sint, in ea re dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniae stipulati essent vel promisissent; quodsi societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id, quod debetur, vel ex cuius bonis detrahi.

Ehe ich nun zu dem Nachweis übergehe, daß der Zustand der Unentschiedenheit auch bei Correalobligationen durch Wal (electio) aufgehoben wird, will ich vorerst noch auf einen möglichen Einwand Rücksicht nehmen, den man gegen die hier vorgetragene Ansicht erheben könnte. Wenn Jemand zwei Correalschuldner, den Gaius und Lucius, hat und nun so legirt: „Quod mihi Gaius debet, id heres meus Sempronio damnas esto dare; quod mihi Lucius debet, id heres meus Maevio damnas esto dare“: so soll nach L. 82 § 5 de legat. I (30) von Julian der Erbe dem Einen seine Klagen abtreten, dem Andern die litis aestimatio leisten müssen [208]). Man könnte nun sagen: wenn bei Correalverhältnissen zunächst noch ungewiß wäre, wer von Zweien Gläubiger oder Schuldner, so müsste auch ungewiß sein, welches der beiden Legate gültig wäre, und es könnten nicht beide gültig sein, eine Entscheidung, wie wir sie in ganz ähnlicher Weise bezüglich der alternativen Obligation kennen gelernt haben. Allein man erinnert sich, daß schon bei alternativen Obligationen auch noch eine andere, wiederum von Julian vertretene Ansicht bestand, wonach beide

---

208) Vgl. auch die noch interessantere L. 13 pr. de legat. II (31).

Legate gelten sollten, so dass dem einen Legatar die Klage, dem andern die aestimatio zu gewähren sei (S. oben Anm. 183). Hiedurch büsst nun L. 82 § 5 cit. von vornherein den besten Teil ihrer Beweiskraft ein; denn wenn sich eine solche Entscheidung bei alternativen Obligationen mit der hier verteidigten Auffassung vertrug, so konnte sie natürlich auch bei Correalverhältnissen damit verträglich sein. Dazu kommt für Correalobligationen insbesondere noch die folgende Erwägung. Bei Legaten handelt es sich vor allem um Ermittelung und Ausführung des Willens des Testators [209]). Nun soll durchaus nicht geleugnet werden, dass in der allgemeinen Volksansicht wirklich beide correi (einer sowol, wie der andere) als Schuldner betrachtet wurden, wie dies ja schon aus der Bezeichnung „duo rei" deutlich hervorgeht. Wenn also Jemand das, was ihm der eine correus schulde, dem A, was ihm der andere schulde, dem B legirt, so ist offenbar seine Absicht, dass A sowol, als B die Summe bekommen soll. Ja man kann sogar sagen, und damit dürfte vielleicht das Richtigste getroffen sein: Weil es doch immer dieselbe Schuld (idem debitum, eadem pecunia) ist, die man von einem oder dem andern correus fordern kann: so lässt sich die Nennung eines correus im Legat auch blos als Beisaz zur näheren Bezeichnung und Individualisirung des ganzen Forderungsverhältnisses auffassen. Danach ist es denn

209) L. 24 de reb. dub. 34, 5: — Quum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.

Digitized by Google

aber offenbar völlig gleichgültig, ob der eine oder der andere correus oder ob beide genannt werden; immer ist ja das nämliche Forderungsverhältniß gemeint. Wenn also Jemand zwei correi, den Gaius und Lucius, hat, und dem Sempronius legirt, was ihm Gaius schulde, dem Mävius, was ihm Lucius schulde: so ist in der That jedem der Legatare, dem Sempronius sowol, als dem Mävius, ganz dieselbe Forderung legirt. Es ist gerade so, als ob der Testator gesagt hätte: die und die (auf andere Weise als durch Nennung eines correus bezeichnete) Forderung vermache ich dem Sempronius; dieselbe Forderung vermache ich auch dem Mävius. Dann kommt nun aber die gewöhnliche Regel bei Damnationslegaten zur Anwendung, wonach, wenn Jedem von Zweien dasselbe disiunctim vermacht ist, dem Einen der Gegenstand selbst (also hier die Forderung), dem Andern die aestimatio zu leisten ist[210]. Daß diese lezte Auslegung die eigentlich richtige, möchte dadurch bestätigt werden, daß nach L. 82 § 5 cit. der Erbe dem einen Legatar „actiones suas" d. i. offenbar die Klage nicht blos gegen den Gaius bezw. den Lucius, sondern gegen Beide abtreten muß. Wäre der Beisaz: „quod mihi Gaius debet" nicht als blose demon-

210) Gai. II, 205, Ulp. XXIV, 13. — Daß die Entscheidung in L. 82 § 5 cit. und L. 13 pr. cit. mit der gedachten Regel im engsten Zusammenhange steht, ergibt sich aus § 1 leg. 13 cit. — Im wesentlichen dieselbe Erklärung gibt Cujacius ad h. l. in Recit. ad lib. XXXIII Dig. Salv. Iuliani. Vgl. auch Averanii Interpr. iur. Lib. V cap. 15 bes. § 10.

Digitized by Google

stratio sondern als conditio aufgefasst worden, so hätte man ohne Zweifel zu dem in L. 75 § 4 eod. erwähnten, von Julian selbst in dem nämlichen 33sten Buch seiner Digesten, aus dem auch L. 82 § 5 cit. genommen ist, angegebenen Auskunftsmittel gegriffen.

§ 31.

Es bleibt noch zu erweisen, daß bei der Correalobligation, wie bei der alternativen, die electio es ist, welche die Ungewißheit beseitigt, womit aber natürlich auch hier noch in keiner Weise gesagt ist, wie die electio geschehen muß, um wirksam und bindend zu sein, m. a. W. in welchen Handlungen eine electio erblickt wird. Sollte dieser Beweis ebenfalls gelingen, so wäre damit zugleich wieder ein neuer und sehr starker Grund für die vollkommene Analogie der beiden Verhältnisse gewonnen. Ein solcher Beweis macht aber in der That auch gar keine Schwierigkeit. Er kann vor allem auf die unmittelbarste Weise geführt werden, indem uns in sehr vielen Stellen gesagt ist, daß eben die electio das Entscheidende sei. Ich berufe mich in dieser Hinsicht zunächst auf folgende Stellen, welche von eigentlichen Correalobligationen handeln.

In L. 21 § 1 de statul. 40, 7 heißt es bei einem Fideicommiß mit der Fassung: „Cui eorum voles, rogo restituas": — si nullum elegisset, cui restitueret; — ferner L. 8 § 3 de legat. II (31): „eligere debere heredem", — L. 24 eod.: „si neminem eligat," — „si uno petente iam eligere non potest," — „antequam iustum tempus praetereat, quo potuit eligere", —

L. 67 § 5 — 7 eod.: „qui primo electus est," — „electo uno," — „ei qui electus est," — „ipsius erit electio," — „priusquam eligat", — L. 77 § 4 eod.: „eligendi facultatem non esse poena parentum," — „quum de aliis eligendi potestas non fuit", — L. 47 locati 19, 2: „electionem conveniendi quem velit," — L. 3 C. h. t. 8, 40: „si vero in solidum, electio rescripto adimi non debeat." In L. 77 § 32 de legat II (31) bedient sich Papinian, um auszudrücken, daß durch ein gewisses Fideicommiß kein Correalverhältniß, sondern eine Substitution begründet sei, der Wendung: „non esse datam electionem, sed ordinem scripturae factum substitutioni respondi."

Daß in allen diesen Stellen das Wort „eligere" oder „electio" ohne juristische Bedeutung blos als Ausdruck des thatsächlichen, der Sache nach obwaltenden Verhältnisses gemeint sei, ist schon an sich schwer anzunehmen, geht aber auch um deswillen nicht an, weil in mehreren der angegebenen Stellen an die Vornahme oder Nichtvornahme der electio wichtige juristische Folgen geknüpft werden. Jedenfalls wird man eine juristische Absicht da anerkennen müssen, wo ähnliche Verhältnisse, Fälle bloser Solidarität von den Correalverhältnissen gerade dadurch geschieden werden, daß bei ihnen „perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione" (L. 7 § 4 quod falso tut. 27, 6), oder: „non enim electione sed solutione liberatur" (L. 1 § 43 depositi 16, 3).

Eben so stetig kommt „eligere" und „electio" bei

Digitized by Google

dem Verhältnisse des fideiussor zum Hauptschuldner und mehrerer Fidejussoren unter einander vor. Daß aber bei diesen Verhältnissen in der hier fraglichen Hinsicht ganz dasselbe galt, wie bei der eigentlichen Correalität, ist unzweifelhaft und wird überdies durch L. 28 C. de fideiuss. 8, 41 unwidersprechlich dargethan. Uebrigens liefert diese Stelle selbst einen sehr bedeutenden Beweis, daß es wirklich bei beiderlei Verhältnissen auf electio ankam: „nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum, fideiussoribus vel uno ex his electo, liberationem mereri", — „Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes." Man vergleiche aber ferner bezüglich des Fidejussorenverhältnisses: L. 3 C. eod.: „quum electionis potestas permittatur creditori", — L. 5 eod.: „Iure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fideiussores", — L. 16 eod.: „Liberum fuit, antequam adversus omnes fideiussores lis contestaretur, unum eorum eligere creditori", — L. 19 eod.: „habeat liberam electionem", — L. 20 eod.: „intercessores eligendi creditori potestas non adimitur", — L. 1 C. de fideiuss. tut. 5, 57: „Eligere debes, utrum cum ipsis tutoribus — —, an cum his, qui pro ipsis se obligaverunt, agere debeas", — L. 2 eod.: „Non est ambigui iuris, electo reo (et solvente) fideiussorem liberari", — L. 10 pr. de fideiuss. 46, 1: „et unus ab eo electus paratus sit rel.", —

Digitized by Google

L. 39 eod.: „quum alter electus a creditore totum exsolverit" u. s. w. Besonders ist noch zu beachten Gaii epit. II, 9 § 2 verb.:

Creditor autem, qui pecuniam dedit, in potestate habet, ad reddendam pecuniam, quem velit, tenere, utrum ipsum debitorem an fideiussorem. Sed si debitorem tenere elegerit, fideiussorem absolvet; si vero fideiussorem tenuerit, debitorem absolvet; quia uno electo, quem idoneum creditor iudicavit, alterum liberat.

Auch wird denn wieder der Unterschied des Fidejussorenverhältnisses von ähnlichen Verhältnissen, namentlich von dem des Mandator zum Hauptschuldner und mehrerer Mandatoren unter sich, so bezeichnet, daß bei diesen nicht schon die electio des Einen eine Befreiung der Andern bewirke.

Paul. Rec. Sent. II, 17 § 16:

Electo reo principali fideiussor vel heres eius liberatur; non idem in mandatoribus observatur.

L. 52 § 3 de fideiuss. 46, 1:

Papin. l. 11 Respons.: — Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur; sed omnes liberantur pecunia soluta.

L. 23 C. eod. 8, 41:

Diocl. et Maxim.: — Reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire, vel satis non faciente contra

Digitized by Google

quem egeras primo, post ad alium reverti — cum nullus de his electione liberetur — licet[211]).

Man sieht, die Ausdrücke: „eligere" und „electio" sind hier ganz eben so ständig, wie bei der alternativen Obligation. Und doch hat man gewiß wegen L. 28 C. de fideiuss. die Aufnahme von Stellen, worin bezüglich der passiven Correalität und des Fidejussorenverhältnisses von electio die Rede war, so viel als möglich zu vermeiden gesucht. Besonders augenfällig wird dies bei einer Vergleichung des Codex mit den Digesten. Während in den letztern der Ausdruck bei den gedachten Verhältnissen nur selten begegnet, kommt er in den Titeln des Codex de fideiussoribus tutorum 5, 57, de duobus reis 8, 40 und de fideiussoribus 8, 41 verhältnißmäßig sehr häufig vor. Allein bei Abfassung der ersten Ausgabe des Codex, aus der ohne Zweifel die betreffenden Stellen herüber-

---

211) Die Stelle könnte auf den ersten Blick den Eindruck machen, als wäre dies auch für Correalschuldner unter sich behauptet. Allein offenbar ist nur das Verhältniß zwischen dem Hauptschuldner und seinen Mandatoren und zwischen diesen unter sich gemeint. Mit „reos principales" sollen also keine correi bezeichnet werden, sondern der Plural ist wahrscheinlich nur wegen der glatteren Construction und der Uebereinstimmung mit „acceptas" gebraucht. Es könnte auch in dem zur Entscheidung unterbreiteten Fall eine Mehrzal von Hauptschuldnern (pro parte) vorhanden gewesen sein, wonach denn immer noch der Ausspruch richtig bliebe, wenn man nur nicht an das Verhältniß unter den Hauptschuldnern selbst, sondern blos an das Verhältniß zwischen Hauptschuldnern und Mandatoren und zwischen den leztern unter einander denkt.

Digitized by Google

genommen sind, war auch L. 28 C. cit. (vom Jahr 531) noch nicht erlassen. Bei Revision des Codex gab man sich aber um so weniger die Mühe jene Stellen wieder zu beseitigen und etwa durch andere zu ersezen, als dafür in der That kein Bedürfniß vorlag. Denn aus L. 28 cit. wusste man ja ohnehin, daß früher in der electio der entscheidende Gesichtspunkt bestanden habe, daß dies aber nunmehr aufgehoben sei.

Gewöhnlich hat man bisher bei der Correalobligation die Ausdrücke „electio" und „eligere" blos auf die Litiscontestation bezogen. Allein dies ist nicht nur von vornherein willkürlich, sondern geradezu unthunlich, weil in vielen der genannten Stellen (L. 8 § 3, L. 24, 67 § 5—7, L. 77 § 4, 32 de legat. II (31), — L. 21 § 1 de statul. 40, 7) die electio vom Schuldner ausgeht. Richtig ist vielmehr nur, daß die Litiscontestation eines der hauptsächlichsten Ereignisse ist, in welchen eine bindende Wal von Seite des Gläubigers erblickt wird, und daß die Römer, wo sie bei (passiven) Correalverhältnissen von electio sprechen, in der Regel zunächst an die Litiscontestation denken, weil die objective Wirkung anderer Thatsachen auf das Verhältniß nicht blos aus der electio, sondern schon aus anderweiten, selbständigen Grundsäzen hergeleitet würde [212]. So erklärt es sich

212) Vgl. die Ausführungen in Abschn. I und den folg. §. — Daß „electio" nicht blos ein anderer Ausdruck für die Litiscontestation ist, sondern etwas Besonderes bezeichnet, was bei der Correalität zu der gewöhnlichen Wirkung der Litisconte-

denn auch einfach, wenn statt der Wendung: Perceptione liberantur, non electione mitunter die andere vorkommt: Perceptione, non litis contestatione liberantur (vgl. L. 3, 4 de his qui effud. 9, 3, s. auch L. 18 § 3 de pec. const. 13, 5), ohne daß man deswegen den Ausdruck „electio" in der gedachten Weise zu beschränken braucht. Daß aber eine solche Beschränkung nicht statthaft ist, geht meines Bedünkens auch noch unwiderleglich daraus hervor, weil man sonst bei alternativen Obligationen das Wort gleichfalls nur auf die Litiscontestation deuten dürfte; denn warum es in dem einen Fall eine andere Bedeutung haben sollte, als im andern, ist doch wahrlich nicht abzusehen. Bezüglich der alternativen Obligation würde man aber durch eine derartige Behauptung in den entschiedensten Widerspruch mit den Quellen geraten.

Schon nach diesen unmittelbaren Aeußerungen der Quellen darf man als unzweifelhaftes Ergebniß hinstellen, daß bei Correalverhältnissen die Entscheidung wirklich von der electio abhängig gemacht wird [213]). Noch einleuch-

---

station hinzukommt, sich daher ebensowol mit noch andern Ereignissen verknüpfen kann, ergibt sich auch aus Wendungen wie diese: „si unus iudicio eligatur" (L. 52 § 3 de fideiuss. 46, 1), „electionem conveniendi quem velit" (L. 47 locati 19, 2), „Eligere debes, utrum cum ipsis tutoribus — —, an cum his, qui pro ipsis se obligaverunt, agere debeas" (L. 1 C. de fideiuss. tut. 5, 57) u. dgl.

213) Kuntze S. 199 meint zwar: „electio für sich sei eine Thatsache ohne juristischen Stoff", doch hat außer Girtanner auch schon Brinz Krit. Bl. IV S. 30 Anm. vermutet, daß man die Consumtion vielleicht in die electio gelegt, so daß

Digitized by Google

tender wird dies werden, wenn wir sehen, daß mit jenem Gesichtspunkte nun auch alle einzelnen Erscheinungen, die wir bei Correalobligationen finden, namentlich die verschiedene Wirkung der Erlöschungsgründe, sich einfach und sicher erklären. Zugleich sei noch bemerkt, was zur Befestigung der hier verteidigten Ansicht nicht unwichtig ist, daß die alternativen Obligationen, soweit es deren besondere Natur erlaubt, ganz analoge Erscheinungen zeigen, was in jedem einzelnen Fall angegeben werden soll. Hinsichtlich des solutionis causa adiectus sind schon früher (§ 29) die betreffenden Analogieen zusammengestellt worden.

§ 32.

Indem ich nun zur Prüfung der hier geltend gemachten Ansicht an den einzelnen quellenmäßigen Ent-

Litiscontestation nur als Zeitpunkt oder Thatsache erschienen sei, in welchem oder durch welche die Wal vollzogen gewesen. Vgl. auch Buchka Einfluß des Processes auf das mat. Rechtsverh. II (1847) S. 35, wonach sich allerdings die römische Praxis die Befreiung eines correus debendi durch L. C. mit dem andern nicht als Ausfluß der processualischen Consumtion, sondern als Folge eines vom Kläger geltend gemachten Walrechtes gedacht und deshalb auch nach dem Wegfall der processualischen Consumtion noch immer jene Befreiung gelehrt hätte. (!!) Allein dies sei reiner Irrtum gewesen und aus einer blos äußerlichen Auffassung hervorgegangen. (!?) Um hierüber eines Bessern zu belehren und „das Hinderniß wegzuräumen, welches auf diesem Punkte bisher der freien Anwendung des im neuen Rechte an die Stelle der Consumtion getretenen Principes im Wege gestanden", habe Justinian die L. 28 C. de fideiuss. 8, 41 erlassen. (!!?). — S. gegen Kuntze auch Girtanner D. Stipul. S. 269 f.

Digitized by Google

scheidungen übergehe, muß ich dieselbe von vornherein gegen einen von dieser Seite her erhobenen, etwas seltsamen Einwand in Schuz nehmen. Kuntze (S. 124) sagt gegen Girtanner: Daß man das entscheidende Moment in die Wal des Gläubigers seze, dagegen würde im allgemeinen nichts einzuwenden sein, wenn man nur an Novation, Litiscontestation und Acceptilation denke. Allein Solution Seiten eines correus müsse der Gläubiger annehmen; es könne also von Wal hier keine Rede sein, und das Kriterium werde daher anders gefasst werden müssen. — Der Einwand ist, wie gesagt, etwas seltsam. Denn vor allem wird sich bei einem Blick auf das Leben doch wol in den meisten Fällen annehmen lassen, daß der Gläubiger den correus, der ihm die Zalung gehörig anbietet, auch wäle, daß er gern bereit sei, gerade von ihm die Zalung zu empfangen. Warum hätte er denn sonst eine solidarische Verpflichtung der Schuldner verlangt? Zudem aber ist es doch einer der bekanntesten Rechtssäze, daß da, wo die Individualität des Leistenden keinen Einfluß auf den Charakter der Leistung hat — eine Voraussezung, die bei Correalverhältnissen immer zutreffen muß[214]), — statt des Schuldners auch jeder Andere mit voller Wirksamkeit Zalung leisten kann[215]). Wenn diese Befugniß Personen zusteht, die dem Forde-

214) L. 5, 9 § 1, L. 15 h. t. 45, 2.

215) L. 23, 40, 53 de solut. 46, 3, vgl. L. 66 eod., — L. 5, 17 C. eod. 8, 43.

Digitized by Google

rungsverhältnisse ganz fremd sind, warum sollte sie nicht dem correus gebüren, der doch in jedem Fall selbst bei Tilgung der Schuld beteiligt ist? Wollte daher sogar der Gläubiger die von einem correus gehörig angebotene Zalung zurückweisen mit der Erklärung, sich an den andern correus halten zu wollen, und würde der erste auf das somit angebotene pactum de non petendo nicht bereitwilligst eingehen: so dürfte er ja nur sagen, er wolle denn für den andern zalen, um sofort die Weigerung des Gläubigers zu brechen, bezw. diesen in mora accipiendi zu versezen [216]).

Jener Einwand kann also der hier vorgetragenen Lehre nicht gefährlich werden, und jedenfalls eine Betrachtung derselben mit Rücksicht auf die übrigen Entscheidungen der Quellen nicht überflüssig machen. Bei dieser Betrachtung bleibt jedoch von vornherein ganz außer Rücksicht die Bestimmung Justinians bezüglich der Unterbrechung der Verjährung bei Correalobligationen, weil sie aller Vermutung nach aus blosen Billigkeitsrücksichten hervorgegangen ist (s. ob. S. 78). Ferner bringe ich nicht in Ansaz die Verschiedenheit, welche man in Betreff des Einflusses der mora und culpa eines correus behauptet, weil dieser Punkt im höchsten Grade zweifelhaft ist, und ich selbst die Annahme einer solchen Verschiedenheit nicht für richtig halte [216a]).

216) Vgl. L. 72 § 2 de solut. 46, 3. Mommsen Lehre von der Mora S. 158 f. — S. auch Girtanner d. Stipul. S. 269 Anm.

216a) S. ob. § 13 und 14. Uebrigens versteht sich, auch wenn

Digitized by Google

Was die übrigen Entscheidungen angeht, so schließe ich wieder diejenigen aus, die sich mit jeder Auffassung gleich leicht und einfach erklären lassen, z. B. daß die Berechtigung oder Verpflichtung für einen correus ungültig sein kann, während sie für die übrigen gültig ist, daß der eine blos bedingt oder betagt und jeder correus sogar unter einer andern Bedingung oder Zeitbestimmung verpflichtet sein kann [217]), endlich daß der eine correus debendi nicht eine Gegenforderung des andern

---

man das in § 14 Gesagte nicht billigen sollte, die blos subjective Wirkung der mora und culpa nach der hier verteidigten Auffassung der Correalität unter allen Umständen von selbst. Der vom Gläubiger gewälte correus debendi erweist sich als der alleinige Schuldner. Folglich steht für ihn die culpa, deren sich der andere schuldig gemacht, oder die Interpellation, die an den andern geschehen, auf ganz gleicher Linie mit der culpa, die von irgend einem Dritten begangen, bezw. mit der Interpellation, welche an irgend einen Dritten gerichtet worden wäre.

217) Daß der eine unbetagt, der andere blos in diem verpflichtet sein kann, ist übrigens mit dem hier eingenommenen Standpunkte doch wieder leichter und natürlicher, als mit jeder andern Auffassung zu erklären. Die Wal des einen oder andern correus bestimmt zugleich, ob die obligatio eine betagte oder unbetagte ist, gerade wie in L. 2 § 3 de eo quod certo loco 13, 4 die Wal des einen oder andern Zalungsortes zugleich darüber entscheidet, welcher von zwei alternativ versprochenen Gegenständen der eigentlich geschuldete ist. — Die Möglichkeit bedingter und unbedingter Verpflichtung der correi macht nach jeder Auffassung gleich wenig Schwierigkeiten (s. oben S. 90).

Digitized by Google

gegen den Gläubiger zur Compensation benuzen darf [218]). Auch die Grundsäze hinsichtlich des pactum de non petendo ziehe ich nicht weiter in Betracht, weil sie mit dem Wesen der Correalität gar nicht zusammenhängen [219]).

Aber selbst die Wirkung der Zalung auf Correalverhältnisse vermag uns keinen Aufschluß über deren Natur zu gewähren, da ganz das Gleiche ja auch bei bloser Solidarität eintritt. Und ebenso verhält es sich nach früheren Ausführungen bei der Acceptilation, der Novation und dem Eid [220]). Die objective Wirkung dieser Ereignisse hat bei der Correalität, wie bei der blosen Solidarität, schon in der geschehenen oder wenigstens (wie bei der Acceptilation und dem Eide) juristisch anzunehmenden Befriedigung des Gläubigers ihren zureichenden Grund. Uebrigens könnte man in jenen Ereignissen auch eine electio finden, und so bliebe deren Einfluß auf sämmtliche correi vom Standpunkte der hier verfochtenen Ansicht selbst dann noch vollkommen erklärlich, wenn man dem Ergebnisse der

218) Ueber alle diese Punkte ist das Erforderliche schon früher in § 15 bemerkt worden.

219) S. ob. S. 93 ff. Durch ein pactum de non petendo mit einem correus debendi verspricht, wenn man will, der Gläubiger, ihn weder unmittelbar noch mittelbar zu wälen, worin sonach natürlich nicht selbst eine Wal liegen kann. Bezüglich der Wirkung des pact. de n. pet. bei alternativen Obligationen s. L. 27 § 6 de pactis 2, 14, deren Entscheidung sich leicht erklärt, wenn man nur festhält, daß der Schuldner immer sagen könnte, er wäle den Gegenstand, auf den das pactum gerichtet war.

220) S. oben § 8, § 9, § 12.

Digitized by Google

gedachten früheren Ausführungen nicht zustimmen sollte. Ich glaube sogar, daß wir bei Correalobligationen (anders bei bloser Solidarität — vgl. unten §. 37) des Gesichtspunktes der electio unter keinen Umständen völlig entraten können. Denn die Berufung auf geschehene Befriedigung des Gläubigers durch eine in der Person des andern correus eingetretene Thatsache sezt im Grunde doch wieder voraus, in jener Thatsache, z. B. in der Annahme der Zalung vom andern correus oder in der Acceptilation mit ihm, liege auch eine bindende Wal desselben. Könnte der Gläubiger immer noch seinen Willen ändern und den ersten wälen, so würde in diesem Fall der andere die condictio indebiti bekommen, bezw. die Acceptilation sich als ungültig erweisen, folglich könnte eine Befriedigung des Gläubigers nicht ferner behauptet werden. Jedoch wurde der Gesichtspunkt der electio hier nicht in den Vordergrund gestellt; man sah den Grund für die objective Wirkung der Zalung, Novation, Acceptilation und des Eides auf Correalobligationen zunächst nicht in der darin liegenden electio, sondern, wie bei der blosen Solidarität, in der dadurch wirklich oder wenigstens für die juristische Betrachtung geschehenen Befriedigung des Gläubigers. Es war ganz natürlich, den leztern Gesichtspunkt als den allgemeinern, auch bei bloser Solidarität zutreffenden an die Spize zu stellen [221].

221) Vgl. noch unten §. 39. Für die Richtigkeit des im Text Bemerkten dürfte auch sprechen, daß ein correus debendi den von dem andern geleisteten Eid nicht durch Berufung

Digitized by Google

Von den noch erübrigenden Entscheidungen ist nun vor allem die objective Wirkung der Litiscontestation bei Correalverhältnissen ins Auge zu fassen. An diesem Punkte, dem wichtigsten Unterscheidungsmerkmal der Correalität von der blosen Solidarität wird die hier verteidigte Lehre hauptsächlich ihre Probe zu bestehen haben. Daß nun aber

---

auf electio des andern, somit durch Negation, sondern durch exceptio iurisiurandi geltend macht (vgl. § 34). Der Unterschied der beiden Gesichtspunkte besteht nämlich wesentlich darin, ob der correus, der z. B. die von dem andern geschehene Zalung für sich anführt, dies processualisch durch die Behauptung thut, der andere sei endgültig gewält, oder aber, der Gläubiger sei befriedigt. Dieser Unterschied zeigt sich nun eben hauptsächlich beim Eide; doch ist er auch hier nur ein processualischer, das materielle Recht nicht berührender, weil erstens auch die exc. iurisiurandi die obligatio vollständig unwirksam macht und keine naturalis obligatio mehr bestehen lässt (L. 39, 40 de iureiur. 12, 2), und zweitens weil der correus, der von dem Eid des andern Kenntniß hat, nicht versäumen wird, sich darauf schon vor dem Magistrat zu berufen (vgl. L. 9 pr. eod.), wenn er aber später erst davon erfahren sollte, leicht in integrum restitutio erlangen wird (S. Gai. IV, 125). Es ist also selbst beim Eid dem praktischen Erfolge nach ganz gleichgültig, welche processualische Behandlung man anwendet. — Bei der alternativen Obligation wird gleichfalls durch eine, wenn auch nur auf den einen Gegenstand gerichtete Acceptilation die ganze Forderung aufgehoben: L. 7 § 1 de lib. leg. 34, 3, — L. 17 de accept. 46, 4, vgl. L. 27 § 6 de pact. 2, 14. Daß auch durch Stipulation des einen Gegenstandes novandi animo die frühere Obligation vernichtet werden würde, kann keinem Zweifel unterliegen, wiewol ich dafür keine Stelle anzuführen vermag. Rücksichtlich der Wirkung des Eides bei alternativen Obligationen ist mir ebenfalls keine Stelle bekannt.

Digitized by Google

jene Wirkung der Litiscontestation auf die in der Litiscontestation liegende electio zurückzuführen ist, und auch von den Römern daraus hergeleitet wurde, kann auch nicht einen Augenblick zweifelhaft sein. Schon deshalb nicht, weil die Römer, wo sie von electio reden, vornehmlich eben die Litiscontestation im Sinn haben [222]). Zudem aber wird von diesem Standpunkt auf einmal Alles klar. Jezt begreift sich, warum mit dem Wegfall der Klagenconsumtion durch Litiscontestation noch keineswegs der Einfluß der mit einem correus geschehenen Litiscontestation auf die übrigen weggefallen war, sondern erst besonders aufgehoben werden musste. Es erklärt sich ferner, wie überhaupt dieser Einfluß ganz unbeschadet des Grundsazes: res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest möglich war. Endlich sieht man nun auch, warum nach der Litiscontestation mit dem einen Correalschuldner für die andern selbst nicht einmal mehr eine naturalis obligatio zurückbleibt.

Alle diese Bedenken sind also auf die einfachste Weise gehoben. Zugleich aber ist ersichtlich, daß die Wirkung der Litiscontestation auf die übrigen correi mit der processualischen Consumtion außer allem Zusammenhange steht. Doch darf es uns nicht Wunder nehmen, wenn die römischen Juristen hie und da diesen bekannten Gesichtspunkt zur Erklärung der wenigstens äußerlich ganz ähnlichen Erscheinung bei Correalobligationen benuzen (s. oben Anm. 65). Dies musste schon an und für sich, noch ganz besonders aber deshalb nahe liegen, weil durch Litiscontestation eines correus oder mit einem correus eben

222) Man vgl. die meisten der oben § 31 angeführten Stellen.

Digitized by Google

auch die Klage aus der obligatio immer wirklich consumirt wird [223]). Uebrigens begegnen ähnliche Redewendungen, wie die in Anm. 65 erwähnten, noch in andern Fällen, in denen von processualischer Consumtion ganz entschieden nicht die Rede sein kann [223a]), ein Umstand, wodurch jene Wendungen den lezten Rest von Beweiskraft gegen die vorgetragene Ansicht einbüßen.

Aber nicht nur die Wirkung der Litiscontestation auf Correalverhältnisse, sondern auch die oben (§. 22) geschilderte, für die herrschende Ansicht vollkommen rätselhafte Wirkung des constitutum, welches an einen der correi credendi geschehen, erhält mit dem hier eingenommenen Standpunkt eine einfache Erklärung. In dem

223) Darin hat die bisher herrschende Auffassung Recht. Durch die Litiscontestation mit einem correus wird nicht nur dieser gewält und als der eigentliche Schuldner hingestellt, sondern zugleich wird auch die Klage aus der obligatio consumirt. Nur reicht eben die Consumtion allein nicht hin, um die Wirkung auf die übrigen correi zu rechtfertigen; diese stützt sich vielmehr blos auf die in der Litiscontestation noch außerdem liegende electio. — Auch bei alternativen Obligationen wird, wenn der Gläubiger zu wälen hat, eine definitive Wal jedenfalls in Anstellung der Klage auf einen der beiden Gegenstände und darauf erfolgender Litiscontestation gesehen: L. 75 § 8, L. 112 pr. de V. O. 45, 1, vgl. L. 27 § 6 de pact. 2, 14. Steht dem Schuldner die Wal zu, so kann er sie regelmäßig bis zur vollen Leistung ausüben: L. 106, 138 § 1 eod. Die Litiscontestation nimmt ihm das Walrecht nicht, weil der Gläubiger alternativ klagen kann.

223a) Vgl. z. B. L. 34 pr. de O. et A. 44, 7, — L. 14 §. 13 quod met. c. 4, 2, — L. 5 § 1 de calumn. 3, 6, — L. 18 § 1 comm. 13, 6, — L. 47 pro socio 17, 2 u. a.; Keller Litiscont. S. 484, 489, 493; Windscheid D. Actio S. 47.

Digitized by Google

constitutum, dem Versprechen, an diesen Correalgläubiger zu leisten, liegt eben auch eine bindende electio (hier von Seite des Schuldners), so daß nun natürlich an den andern correus nicht mehr gültig gezalt und das etwa dennoch irrtümlich Gezalte mit der condictio indebiti zurückgefordert werden kann. Daß sich aber die Sache wirklich so verhält, geht mit Bestimmtheit daraus hervor, daß bei dem durch solutionis causa adiectio begründeten Verhältnisse und bei alternativen Obligationen ganz ähnliche Entscheidungen vorkommen [224].

§ 33.

Durch die hier verteidigte Auffassung wird aber auch umgekehrt und eben so einfach die blos subjective Wirkung mancher Tilgungsgründe erklärt. So die Wirkung der capitis deminutio eines correus debendi. Darin liegt natürlich keine Wal, vielmehr ist der Betroffene jezt nicht weiter wälbar. Das kann aber auf die Uebrigen gar keinen Einfluß haben.

Ganz ähnlich ist es bezüglich der confusio. Wenn der Gläubiger einen correus debendi beerbt, so könnte er denselben (bezw. sich selbst als dessen Erben) an und für sich immer noch, so gut wie den andern, wälen, in welchem Fall dann die Forderung sich als durch confusio erloschen darstellen würde. Ein solcher Entschluß des Gläubigers ist aber nicht anzunehmen, vielmehr wird nun sicher der andere correus gewält werden, und darum kann man

224) L. 8, 9 de pec. const. 13, 5, — L. 25 pr. eod. — Vgl. überhaupt Girtanner die Bürgschaft S. 78, 398.

Digitized by Google

einfach sagen, dieser erweist sich als Schuldner, so daß von einer Confusion keine Rede sein kann [225]. Nur dann, wenn die correi socii waren, wenn also den beerbten correus bezw. dessen Erben doch schließlich ein Teil der Schuld getroffen hätte, wird die Sache so betrachtet, als ob der Gläubiger für den treffenden Teil sich selbst als Erben gewält (dies wird durch die bona fides verlangt und hängt überdies mit den oben (§ 21) entwickelten Grundsäzen zusammen); folglich kann er von dem andern correus nur noch dessen Anteil fordern [226]. — Wird dagegen der Schuldner Erbe eines correus credendi, so muß man ihm, wenn der andere klagen sollte, gewiß gestatten zu sagen, er habe den beerbten correus, d. h. sich selbst als Erben gewält; es muß also hier eine confusio angenommen werden [227]. Nur würde auch

225) Vgl. Girtanner S. 506. — Eine vollkommen analoge Erscheinung kommt auch wieder bei alternativen Obligationen vor, nicht sowol, wenn der eine Gegenstand vor der Wal untergeht, als wenn die obligatio auf einer lucrativa causa beruht und nun einer der Gegenstände aus einem andern Grunde, aber gleichfalls ex lucrativa causa vor geschehener Wal in das Eigentum des Gläubigers kommt: L. 82 § 6, L. 84 § 11 de legat. I (30); vgl. L. 16 pr. de V. O. 45, 1.

226) L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1. Man könnte freilich denken, der Gläubiger und Erbe des einen correus socius habe gegen den andern nicht mehr die ursprüngliche Forderungsklage, sondern es werde in solchem Fall eine Confusion angenommen, und jener fordere nur mit der actio pro socio teilweisen Ersaz. Allein wenn dies so wäre, was dann zur Zeit des Paulus bedeutende praktische Verschiedenheiten bewirken konnte, so wäre es eben deshalb in der Stelle gewiß gesagt.

227) Ich bin demnach, wenngleich aus andern Gründen, derselben

Digitized by Google

constitutum, dem Versprechen, an diesen Correalgläubiger zu leisten, liegt eben auch eine bindende electio (hier von Seite des Schuldners), so daß nun natürlich an den andern correus nicht mehr gültig gezalt und das etwa dennoch irrtümlich Gezalte mit der condictio indebiti zurückgefordert werden kann. Daß sich aber die Sache wirklich so verhält, geht mit Bestimmtheit daraus hervor, daß bei dem durch solutionis causa adiectio begründeten Verhältnisse und bei alternativen Obligationen ganz ähnliche Entscheidungen vorkommen [224].

§ 33.

Durch die hier verteidigte Auffassung wird aber auch umgekehrt und eben so einfach die blos subjective Wirkung mancher Tilgungsgründe erklärt. So die Wirkung der capitis deminutio eines correus debendi. Darin liegt natürlich keine Wal, vielmehr ist der Betroffene jezt nicht weiter wälbar. Das kann aber auf die Uebrigen gar keinen Einfluß haben.

Ganz ähnlich ist es bezüglich der confusio. Wenn der Gläubiger einen correus debendi beerbt, so könnte er denselben (bezw. sich selbst als dessen Erben) an und für sich immer noch, so gut wie den andern, wälen, in welchem Fall dann die Forderung sich als durch confusio erloschen darstellen würde. Ein solcher Entschluß des Gläubigers ist aber nicht anzunehmen, vielmehr wird nun sicher der andere correus gewält werden, und darum kann man

224) L. 8, 9 de pec. const. 13, 5, — L. 25 pr. eod. — Vgl. überhaupt Girtanner die Bürgschaft S. 78, 398.

Digitized by Google

einfach sagen, dieser erweist sich als Schuldner, so daß von einer Confusion keine Rede sein kann [225]). Nur dann, wenn die correi socii waren, wenn also den beerbten correus bezw. dessen Erben doch schließlich ein Teil der Schuld getroffen hätte, wird die Sache so betrachtet, als ob der Gläubiger für den treffenden Teil sich selbst als Erben gewält (dies wird durch die bona fides verlangt und hängt überdies mit den oben (§ 21) entwickelten Grundsäzen zusammen); folglich kann er von dem andern correus nur noch dessen Anteil fordern [226]). — Wird dagegen der Schuldner Erbe eines correus credendi, so muß man ihm, wenn der andere klagen sollte, gewiß gestatten zu sagen, er habe den beerbten correus, d. h. sich selbst als Erben gewält; es muß also hier eine confusio angenommen werden [227]). Nur würde auch

225) Vgl. Girtanner S. 506. — Eine vollkommen analoge Erscheinung kommt auch wieder bei alternativen Obligationen vor, nicht sowol, wenn der eine Gegenstand vor der Wal untergeht, als wenn die obligatio auf einer lucrativa causa beruht und nun einer der Gegenstände aus einem andern Grunde, aber gleichfalls ex lucrativa causa vor geschehener Wal in das Eigentum des Gläubigers kommt: L. 82 § 6, L. 84 § 11 de legat. I (30); vgl. L. 16 pr. de V. O. 45, 1.

226) L. 71 pr. de fideiuss. 46, 1. Man könnte freilich denken, der Gläubiger und Erbe des einen correus socius habe gegen den andern nicht mehr die ursprüngliche Forderungsklage, sondern es werde in solchem Fall eine Confusion angenommen, und jener fordere nur mit der actio pro socio teilweisen Ersaz. Allein wenn dies so wäre, was dann zur Zeit des Paulus bedeutende praktische Verschiedenheiten bewirken konnte, so wäre es eben deshalb in der Stelle gewiß gesagt.

227) Ich bin demnach, wenngleich aus andern Gründen, derselben

in diesem Fall eine unter den correi bestehende Societät eine Aenderung bewirken müssen.

Endlich erhalten noch einige andere, mit der herrschenden Ansicht zum mindesten schwer vereinbare Bestimmungen mit unserm Gesichtspunkt eine ganz leichte und ungezwungene Erklärung. Jeder correus debendi kann einen besondern fideiussor stellen, und diese fideiussores werden nicht als Confidejussoren behandelt, so daß namentlich der Gläubiger nicht genötigt werden kann, seine Klage unter ihnen zu teilen. Ein beneficium divisionis findet vielmehr nur unter mehreren, für denselben correus eingetretenen Fidejussoren statt. Dies erklärt sich mit der hier verteidigten Auffassung von selbst. Der Gläubiger kann sämmtliche correi wälen, allein er braucht es nicht (die Nov. 99 lasse ich natürlich ganz außer Betracht). Wält er nun blos einen correus auf das Ganze, was gegenüber den andern correi auch dann der Fall, wenn er seinen Bürgen auf das Ganze in Anspruch nimmt: so erweisen sich die übrigen correi und somit auch deren Bürgen als gar nicht verpflichtet. Mitbürgen sind aber natürlich blos solche, welche für den Fall, daß eine bestimmte Person sich als verpflichtet herausstellt, einer wie der andere in Anspruch genommen werden können, nicht solche, die unter dieser Voraussezung vielmehr **nicht** verhaftet sind. Folglich können nur die mehreren, für einen einzelnen correus eingetretenen Bürgen als Mitbürgen

---

Meinung wie Arndts Pand. § 273 Anmerk. 1 und in Weiske's Rechtslexikon IV S. 18.

betrachtet werden, und nur unter ihnen kann von dem beneficium divisionis die Rede sein.

Damit hängt denn ferner zusammen, daß die Beerbung eines Correalschuldners von Seite des Gläubigers den von jenem gestellten Bürgen notwendig seiner Haftung entledigen muß. Der beerbte correus kann nicht mehr gewält werden, oder wenn er gewält werden wollte, so würde sich die Forderung als consundirt erweisen. Folglich ist der Bürge unter allen Umständen frei.

Wenn ein correus den andern beerbt, so ist immer noch die eigene und die ererbte obligatio zu unterscheiden. Auch dies kann keine Schwierigkeit mehr machen. Wird ein correus debendi Erbe des andern, so kann immer noch der Gläubiger zwischen ihm und seinem Erblasser wälen, d. h. er kann nach seiner Wal jenen entweder aus eigener Person oder als Erben belangen, was in praktischer Hinsicht von Wichtigkeit sein kann. Ebenso kann der correus credendi, der den andern beerbt, noch immer wälen, ob er als Erbe, oder aber in eigenem Namen klagen, ob er also den Erblasser oder sich selbst als den eigentlichen Gläubiger erscheinen lassen will [228]).

Hiemit ist unsere Prüfung beendigt, und ob die hier vorgetragene Lehre Stich gehalten, darf ich wol getrost dem Urteil meiner Leser anheimstellen. Ich für mein Teil

228) Vgl. namentlich L. 93 pr. de solut. 46, 3, wo es in bezeichnender Weise heißt: „vel ideo dari oportet ipsi, quod heres extitit, vel ideo, quod proprio nomine ei deberetur", und nicht, wie es gemäß der herrschenden Auffassung heißen müßte: „et ideo — — — et ideo rel.".

Digitized by Google

glaube als unzweifelhaftes Ergebniß der vorstehenden Erörterungen aussprechen zu dürfen, daß wir wirklich das Wesen der Correalität in eine Ungewißheit sezen müssen, wer aus Mehreren Gläubiger oder Schuldner ist, so daß erst die Wal (electio) darüber entscheidet. Demzufolge sind denn in der That die Correalobligationen mit den alternativen Obligationen aufs engste verwandt, und systematisch müssten beide — etwa als (subjective und objective) „Walobligationen" — neben einander gestellt werden.

3) Noch einige Fragen.

§ 34.

Damit wäre nun an sich — wenigstens für das vorjustinianeische Recht — die Aufgabe gelöst. Um jedoch nichts im Unklaren zu lassen, dürfen noch einige Punkte nicht unbesprochen bleiben.

Wenn einer der correi debendi ausschließlich gewält ist, so sind die andern befreit; ist einer der correi credendi ausschließlich gewält, so können die andern nicht mehr fordern. Hier ergibt sich nun vor allem eine Frage, welche mit den vorstehenden Erörterungen in nahem Zusammenhange steht und eigentlich noch einen wesentlichen Teil derselben bildet, die Frage nämlich: Wie ist jene Wirkung der electio von Seite der nicht gewälten correi debendi oder gegenüber den nicht gewälten correi credendi processualisch geltend zu machen?

Der entwickelten Ansicht zufolge, wonach sich durch ausschließliche Wal des einen correus der andere geradezu als Nichtschuldner bezw. als Nichtgläubiger herausstellt,

Digitized by Google

scheint das einzig entsprechende Mittel die Negation der klägerischen intentio zu sein. Der Beklagte also, der sich z. B. auf die mit dem andern correus geschehene Litiscontestation beruft, würde sich stets und unter allen Umständen der Negation bedienen. Diese Behauptung tritt nun freilich in Widerspruch mit einer ganz allgemeinen Annahme. Danach soll durch Litiscontestation mit einem correus debendi (ich spreche der Einfachheit wegen blos von diesem Fall) der andere nur in den seltenern Fällen, nämlich nur, wo die Voraussetzungen der directen Consumtion (iudicium legitimum und formula in ius concepta) vorhanden sind, ipso iure frei werden, also in die Lage kommen, der gegen ihn gerichteten Klage durch Negation zu begegnen. Regelmäßig werde er nur indirect frei, d. h. er müsse die exceptio rei in iudicium deductae bezw. rei iudicatae gebrauchen[229].

Wie allgemein aber diese Annahme ist, so darf man doch gar füglich noch an deren Wahrheit zweifeln. Sie wird nicht sowol aus den Quellen abgeleitet, als vielmehr aus dem als feststehend betrachteten Saze gefolgert, daß die Befreiung des einen correus durch Litiscontestation mit dem andern auf der processualischen Consumtion beruhe. Mit diesem Saze fällt daher von selbst auch die darauf gebaute Folgerung zusammen, sofern sie nicht in

---

229) Vgl. Keller Litiscontestation S. 438 f., 442, 449 (Keller S. 438 f., vgl. auch S. 419 (§ 49 a. E.) drückt sich übrigens mit anzuerkennender Vorsicht aus), Ribbentrop S. 13 f., Vangerow I S. 324, Savigny Obl. I S. 180 u. A.

den Quellen eine selbständige Stütze finden kann. Die Quellen aber sind jener Annahme nichts weniger als günstig. Nirgends wird uns gesagt, daß der correus, der sich auf die mit dem andern geschehene Litiscontestation berufe, einer exceptio rei in iudicium deductae oder überhaupt einer exceptio bedürfe. Vielmehr heißt es überall, durch Litiscontestation mit dem einen correus sei der andere „liberatus“ oder „solutus“ [230]). Daß aber die Römer bei diesen Ausdrücken regelmäßig und zunächst an eine ipso iure erfolgende Befreiung denken, ist für den leztgenannten wol von selbst klar, erhellt aber auch für den ersten aus vielen Stellen [231]). Dazu kommt, daß in L. 2 h. t. 45, 2 die petitio in Hinsicht der Wirkung mit der acceptilatio zusammengestellt, und in L. 116 de V. O. 45, 1 und L. 28 C. de fideiuss. 8, 41 der Litiscontestation (in der lezten Stelle überhaupt der electio) sogar unzweideutig dieselbe Wirkung, wie der solutio, beigemessen wird. Ganz das nämliche Ergebniß geht mittelbar aus L. 1 § 43 de positi 16, 3, — L. 7

230) L. 116 de V. O. 45, 1 vgl. auch L. 21 de solut. 46, 3, — L. 29 de lib. leg. 34, 3, — L. 28 C. de fideiuss. 8, 41.

231) Vgl. z. B. L. 34 § 11 de solut. 46, 3 (Iulian.): Qui perpetua exceptione se tueri potest, solutum repetit, et ideo non liberatur (d. h. er wird durch die spätere Zalung, weil ihm diese die condictio indebiti verschafft, nicht liberirt, woraus aber eben deutlich hervorgeht, daß er durch den Erwerb der perpetua exceptio noch nicht „liberatus“ ist), vgl. L. 32 § 1 de cond. ind. 12, 6 (Iul.), — L. 38 § 1, L. 54, L. 96 § 2 de solut. 46, 3, — Gai. II, 84 u. v. a.

Digitized by Google

§ 4 quod falso tut. 27, 6, — L. 3, 4 de his qui effud. 9, 3 hervor. Ebenso sprechen die Quellen beim Bürgen [232]).

Schon dies muß gegen die gedachte Annahme mit gerechtem Mißtrauen erfüllen. Hieran reiht sich aber noch ein anderer Umstand. Die Richtigkeit jener Annahme vorausgesezt, würde mit der exceptio rei in iudicium deductae in der That die Befreiung der übrigen correi durch die mit einem derselben geschehene Litiscontestation praktisch weggefallen sein, weil kein Rechtsmittel zu ihrer Geltendmachung mehr bestanden hätte, und zwar würde sie offenbar in sehr augenfälliger Weise weggefallen sein, so daß über diese Folge auch nicht der mindeste Zweifel hätte obwalten können. Wozu also ein Gesez, das jene Befreiung noch einmal besonders aufhob? Eher hätte man ersichtlich ein anderes darüber erwarten sollen, welche Folgen denn jezt die Belangung des Einen und namentlich ein von ihm erlangtes freisprechendes Urteil für die Uebrigen haben solle. Die Berührung wenigstens des lezten

232) Man vergleiche z. B. Cicero ad Attic. XVI, 15, — Paul. R. S. II, 17 § 16, — Gaii epit. II, 9 § 2 fin., — L. 52 § 3 de fideiuss. 46, 1 vgl. L. 13, 71 pr. eod. (quamvis enim iudicio convento principali debitore mandator non liberetur), — L. 2 C. de fideiuss. tut. 5, 57. — L. 23, 28. C. de fideiuss. 8, 41. — Die Annahme, daß in allen diesen Stellen zufällig von Fällen die Rede sei, in denen eine directe Consumtion stattgefunden, ist an sich zu unwahrscheinlich, um nur im Ernste darauf Rücksicht zu nehmen; der L. 28 C. cit. gegenüber ist sie geradezu unmöglich, weil seit dem Untergange des ordo iudiciorum von directer Consumtion keine Rede mehr sein konnte. Vgl. Savigny Syst. VI S. 278.

Digitized by Google

Punktes hätte besonders für das Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner nahe gelegen.

Allen diesen, gewiß nicht schwachen Gründen kann man eine einzige Stelle entgegensezen, die L. 7 § 1 de except. 44, 1. Man beruft sich allerdings auch noch auf L. 42 § 3 de iureiur. 12, 2, allein daraus ist augenscheinlich für unsere Frage nichts abzuleiten, weil sie in jedem Fall ganz unentschieden lässt, auf welche Weise die res iudicata dem Bürgen bezw. Hauptschuldner zu gute kommt. S. übrigens oben S. 71. Weit eher könnte man eine andere, meines Wissens in diesem Zusammenhange noch nicht benuzte Stelle herbeiziehen, die L. 23 de tutelae 27, 3:

> Paul. l. 9 Resp.: — Convento herede tutoris iudicio tutelae curatorem eiusdem neque ipso iure liberatum videri, neque exceptionem rei indicatae ei dandam; idemque in heredibus magistratuum observandum.

Daß in der Stelle von der — directen und indirecten — processualischen Consumtion die Rede ist, darf wol nicht bezweifelt werden, und man könnte nun aus derselben durch ein argumentum a contrario etwas für das Correalverhältniß folgern wollen. Allein einen solchen Schluß müsste ich für durchaus unstatthaft halten. Denn wenn Paulus entscheidet, in dem vorliegenden Fall trete keine processualische Consumtion ein, so ist damit ohnehin noch gar nicht gesagt, daß in andern dem Anschein nach ähnlichen Fällen eine Consumtion stattfinde. Wollten wir aber selbst annehmen, daß Paulus seinen Ausspruch mit bestimmter Absicht und mit Rücksicht auf bestimmte mög=

Digitized by Google

liche Zweifel gegeben hätte: so wäre es doch gewiß mehr als gewagt, die von Paulus vorausgesezten Zweifelsgründe nun ohne weiteres in dem möglichen Gedanken an ein Correalverhältniß zu suchen. Ja, eine solche Annahme wäre unwahrscheinlich, weil in den Stellen, welche geradezu von der Correalität handeln, der exceptio rei iudicatae nirgends Erwähnung geschieht. Viel wahrscheinlicher wäre es, daß Paulus an die actiones adiecticiae qualitatis gedacht hätte, Fälle, welche mit dem in L. 23 cit. besprochenen für die äußerliche Betrachtung ganz eben so viel Aehnlichkeit haben, als die Correalität (um mehr als eine ganz äußerliche Aehnlichkeit könnte es sich offenbar auch gegenüber der Correalität nicht handeln), bei denen aber ohne Zweifel nicht die electio, sondern nur die processualische Consumtion entscheidet. (S. unten Anm. 236), wie denn bei ihnen auch sonst, z. B. in der (weiterhin abgedruckten) L. 21 § 4 de exc. rei iud. 44, 2, von der exceptio rei iudicatae als dem geeigneten Rechtsmittel gesprochen wird.

Es bleibt also in der That nur L. 7 § 1 de except. 44, 1. Hier wird bei den exceptiones rei cohaerentes, welche auch dem Bürgen zu Statten kommen sollen, unter andern die exceptio rei iudicatae aufgezält. Daraus soll sich denn ergeben, daß die Belangung des Hauptschuldners vom fideiussor mitunter (in den Fällen der indirecten Consumtion) mittels exceptio hätte vorgeschüzt werden müssen. Allein es ist doch gewiß von vornherein bedenklich, daß ein Rechtssaz von so großer Wichtigkeit und häufiger Anwendung gerade nur in dieser Stelle und

auch hier nur beispielsweise erwähnt sein sollte. Nehmen wir hinzu, daß die früher namhaft gemachten Stellen einer derartigen Deutung der L. 7 § 1 cit. entschieden ungünstig sind: so werden wir auf die Frage geführt, ob es nicht vielleicht Fälle gibt, in denen dem Bürgen unter allen Umständen und selbst, wenn man jenen Saz nicht anerkennt, nur durch eine exceptio rei iudicatae geholfen werden kann, so daß dann L. 7 § 1 cit. auf diese Fälle zu beziehen wäre, während sonst der fideiussor die mit dem Hauptschuldner geschehene Litiscontestation durch Negation geltend macht. Fälle solcher Art lassen sich aber recht wohl denken. Z. B. Jemand verbürgt sich bei dem A für die Ansprüche, die diesem gegen B aus einer communio erwachsen können. Später wird dem A von B — etwa auf Grund neuerdings gefundener Urkunden — die Mitberechtigung bestritten, und mit einer deshalb gegen B angestellten vindicatio wird A wegen mangelnder Berechtigung abgewiesen. Er erhebt nun gegen den fideiussor die Forderungsklage. Gewiß muß man diesem gestatten, sich auf das von B erwirkte Urteil zu berufen. Da aber hier von einer bereits geschehenen electio des Hauptschuldners keine Rede ist (die obligatorischen Ansprüche aus der communio sind ja gar nicht berührt worden): so kann dies nur so geschehen, daß der fideiussor der Klage des A eine exceptio rei iudicatae entgegensezt, wie sie der B, mit der actio communi dividundo belangt, ebenfalls gebrauchen könnte [233]).

233) L. 8. de exc. rei iud. 44, 2 vgl. L. 11 § 3 eod., — L. 25 § 8 fam. herc. 10, 2.

Digitized by Google

Oder: Es wird die hereditatis petitio gegen Jemanden erhoben, der mehrere Erbschaftssachen besitzt und zugleich auch Erbschaftsschuldner ist. Der Kläger wird jedoch wegen mangelnden Erbrechts abgewiesen. Nun will er den Bürgen des früheren Beklagten wegen dessen Schuld an die Erbschaft belangen. Eine electio des Hauptschuldners dem Bürgen gegenüber kann man in der früheren — ja gar nicht blos auf die Forderung gerichteten [234]) — hereditatis petitio schwerlich erblicken, aber gewiß muß man dem Bürgen, so gut wie dem Hauptschuldner selbst, wenn gegen diesen die Forderungsklage gerichtet werden wollte, eine exceptio rei iudicatae gestatten [235]).

Oder endlich: Titius ist für meinen Sklaven als fideiussor eingetreten. Nun wird gegen mich de peculio geklagt, später will aber wegen derselben Schuld auch gegen den Titius geklagt werden. Hier kann dieser die exceptio rei iudicatae gebrauchen:

L. 21 § 4 de exc. rei iud. 44, 2:

> Pompon. l. 31 ad Sabin.: — Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit: si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata [236]).

---

234) Auch dies wäre bekanntlich möglich: L. 13 § 15, L. 14—16 pr., § 3 de H. P. 5, 3, und dann würde ich allerdings geneigt sein, eine electio anzunehmen.

235) Vgl. L. 7 § 5 de exc. rei iud. 44, 2.

236) Bei den actiones adiecticiae qualitatis handelt es sich meines Bedünkens nicht um electio, sondern blos um pro-

Digitized by Google

So erklärt sich denn nunmehr die beispielsweise Erwähnung der exceptio rei iudicatae in L. 7 § 1 de except. höchst einfach. Zugleich treten aber die früher geltend gemachten Gründe in ihr volles Recht, und ich darf es daher wol als zweifellos hinstellen, daß sich der fideiussor auf die mit dem Hauptschuldner, der correus auf die mit dem andern correus geschehene Litiscontestation processualisch mittels Negation der klägerischen intentio beruft. Damit ist denn vollends die gewöhnliche Ansicht, welche den befreienden Einfluß der Litiscontestation auf die übrigen correi aus der processualischen Consumtion herleitet, als durchaus unhaltbar erwiesen.

Unterstützt wird jenes Ergebniß noch durch Betrachtung der Wirkung des an einen der correi credendi geschehenen constitutum. Durch ein constitutum wird die ursprüngliche obligatio und Klage überhaupt nicht consumirt, am wenigsten ipso iure. Wie schützt sich nun der Constituent gegen eine Klage des andern correus? Wenn irgend, so sollte man hier höchstens eine exceptio erwar-

---

cessualische Consumtion. Bei ihnen erhält aber auch die intentio stets die nämliche Fassung, mag nun gegen den Sohn oder gegen den Vater, gegen den magister navis oder den exercitor u. s. f. geklagt werden. Der Vater oder exercitor hat gewissermaßen die Stellung eines defensor in rem suam des Sohnes oder magister. S. L. 11 § 8 ict. § 7 de exc. rei iud. 44, 2. Vgl. Keller Litiscont. S. 419 ff. und Jahrbuch von Bekker und Muther III S. 169 ff. — Vgl. übrigens zu L. 21 § 4 cit. auch L. 84 de solut. 46, 3 und darüber Fein im Archiv f. civ. Pr. XXVI S. 374 ff. Für unsern Zweck kommt auf eine Ermittelung des Verhältnisses beider Stellen nichts an.

Digitized by Google

ten. Davon wird uns aber in den Quellen kein Wort gesagt; vielmehr heißt es in L. 10 de pec. const. 13, 5: „loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is, cui constituitur“, womit meines Bedünkens die ipso iure eintretende Ausschließung des andern correus credendi deutlich genug bezeichnet ist.

Man sieht, daß auch die Art der processualischen Behandlung der oben entwickelten Auffassung durchaus günstig, ja sogar nur mit ihr vereinbar ist: so daß wir hierin schließlich noch einen der stärksten und schlagendsten Beweise für die Richtigkeit dieser Auffassung erblicken dürfen.

§ 35.

Wenn wir bei Correalverhältnissen die Wal als das Entscheidende hinstellen, so ist, wie schon früher bemerkt wurde, damit noch in keiner Weise gesagt, wie die Wal, um wirksam und bindend zu sein, geschehen müsse, welche Vorgänge m. a. W. bei diesen Verhältnissen als electio angesehen werden. Auch die bisherigen Erörterungen haben uns auf die Frage noch keine befriedigende Antwort verschafft. Wir haben nur einzelne Thatsachen kennen gelernt, in denen die Quellen eine electio finden. Es handelt sich aber darum, den Grundsaz zu finden, auf dem diese Entscheidungen beruhen, und nach welchem dann auch Fälle, die in den Quellen nicht behandelt sind, mit Sicherheit beurteilt werden können. In dieser Hinsicht dürfte aber aus jenen Quellenaussprüchen folgendes Ergebniß abzuleiten sein.

Digitized by Google

Vor allem kann selbstverständlich eine electio nur in einer Handlung des Walberechtigten erblickt werden. Aber es genügt noch keineswegs jede Handlung, wodurch erklärt wird, daß man diesen oder jenen correus wäle, sondern die Handlung muß an sich schon und ganz abgesehen von einer Correalität einen bindenden Charakter haben, sie muß schon bei einem einfachen Schuldverhältnisse rechtliche Wirkungen zu erzeugen im Stande sein. M. a. W. eine Handlung, die nicht schon außerdem bindend ist, wird nicht bindend dadurch, daß sie bei einen Correalverhältnisse vorkommt. So würde z. B. eine einfache Erklärung des Gläubigers, daß er sich nur an einem der Correalschuldner halten wolle, oder selbst eine außergerichtliche Mahnung an denselben zur Zalung noch keine bindende Wal enthalten, sondern der Gläubiger könnte immer noch einen andern correus in Anspruch nehmen. Ebenso würde man die blose Erklärung des Schuldners, an einen der Correalgläubiger leisten zu wollen, noch nicht als bindende Wal betrachten dürfen, und der Schuldner könnte daher noch immer seinen Willen ändern. Anders, wenn ein wirkliches constitutum erfolgt ist. Da das constitutum ganz abgesehen von einem Correalverhältniß ein bindender Act ist, so enthält es auch hier eine bindende Wal, und es kann sonach nicht mehr gültig an den andern correus gezalt bezw. von diesem gefordert werden.

Regelmäßig geschieht nun die bindende Wal von Seite des Gläubigers durch Litiscontestation mit einem der correi debendi, von Seite des Schuldners erst durch

Digitized by Google

wirkliche Leistung an einen der correi credendi [237]), so daß der Schuldner bis dahin seinen Willen immer wieder ändern kann. Jedoch wird er auch schon durch ein wirkliches constitutum an den Correalgläubiger, dem dasselbe geschehen ist, gebunden, und damit der andere von der Forderung ausgeschlossen [238]).

Hier ist aber noch ein Umstand zu beachten. Die Wal kann, wie wir sehen werden, nicht blos auf Einen der correi, sondern auch auf alle fallen. Darum liegt ferner eine ausschließliche Wal des betreffenden correus, selbst in einer Handlung der gedachten Art nur insofern, als sich darin unzweideutig die Absicht ausspricht, eben blos diesen correus wälen zu wollen. Hat daher der Gläubiger von einem correus nur einen Teil eingeklagt (oder als Zalung angenommen), so ist er dadurch allein keineswegs gehindert, den Rest von einem der übrigen einzufordern [239]). Und zwar gilt dies selbst dann,

237) Vgl. bes. L. 24 de legat. II (31): „si neminem eligat" und dann ganz synonym: „nec ulli offerat", ferner: „cum nulli offertur", „nisi offerat", „quo potuit eligere, cui potius offerat."

238) Man bemerke wieder die vollkommene Analogie bei alternativen Obligationen. Ist nichts Anderes verabredet, so liegt die endgültige Wal auf Seite des Gläubigers, wenn dieser zu wälen hat, in der Einklagung einer der beiden Leistungen und darauf erfolgender Litiscontestation, auf Seite des Schuldners erst in der wirklichen Leistung eines der beiden Gegenstände, welcher aber auch hier ein auf denselben lautendes constitutum gleichsteht. S. oben Anm. 223 und L. 25 pr. de pec. const. 13, 5. — Eine der obigen verwandte Anschauung s. bei Girtanner die Stipul. S. 270.

239) L. 8 § 1 de legat. I (30). Natürlich könnte er den Rest

Digitized by Google

Vor allem kann selbstverständlich eine electio nur in einer Handlung des Walberechtigten erblickt werden. Aber es genügt noch keineswegs jede Handlung, wodurch erklärt wird, daß man diesen oder jenen correus wäle, sondern die Handlung muß an sich schon und ganz abgesehen von einer Correalität einen bindenden Charakter haben, sie muß schon bei einem einfachen Schuldverhältnisse rechtliche Wirkungen zu erzeugen im Stande sein. M. a. W. eine Handlung, die nicht schon außerdem bindend ist, wird nicht bindend dadurch, daß sie bei einen Correalverhältnisse vorkommt. So würde z. B. eine einfache Erklärung des Gläubigers, daß er sich nur an einem der Correalschuldner halten wolle, oder selbst eine außergerichtliche Mahnung an denselben zur Zalung noch keine bindende Wal enthalten, sondern der Gläubiger könnte immer noch einen andern correus in Anspruch nehmen. Ebenso würde man die blose Erklärung des Schuldners, an einen der Correalgläubiger leisten zu wollen, noch nicht als bindende Wal betrachten dürfen, und der Schuldner könnte daher noch immer seinen Willen ändern. Anders, wenn ein wirkliches constitutum erfolgt ist. Da das constitutum ganz abgesehen von einem Correalverhältniß ein bindender Act ist, so enthält es auch hier eine bindende Wal, und es kann sonach nicht mehr gültig an den andern correus gezalt bezw. von diesem gefordert werden.

Regelmäßig geschieht nun die bindende Wal von Seite des Gläubigers durch Litiscontestation mit einem der correi debendi, von Seite des Schuldners erst durch

Digitized by Google

wirkliche Leistung an einen der correi credendi [237]), so daß der Schuldner bis dahin seinen Willen immer wieder ändern kann. Jedoch wird er auch schon durch ein wirkliches constitutum an den Correalgläubiger, dem dasselbe geschehen ist, gebunden, und damit der andere von der Forderung ausgeschlossen [238]).

Hier ist aber noch ein Umstand zu beachten. Die Wal kann, wie wir sehen werden, nicht blos auf Einen der correi, sondern auch auf alle fallen. Darum liegt ferner eine ausschließliche Wal des betreffenden correus, selbst in einer Handlung der gedachten Art nur insofern, als sich darin unzweideutig die Absicht ausspricht, eben blos diesen correus wälen zu wollen. Hat daher der Gläubiger von einem correus nur einen Teil eingeklagt (oder als Zalung angenommen), so ist er dadurch allein keineswegs gehindert, den Rest von einem der übrigen einzufordern [239]). Und zwar gilt dies selbst dann,

237) Vgl. bes. L. 24 de legat. II (31): „si neminem eligat" und dann ganz synonym: „nec ulli offerat", ferner: „cum nulli offertur", „nisi offerat", „quo potuit eligere, cui potius offerat."

238) Man bemerke wieder die vollkommene Analogie bei alternativen Obligationen. Ist nichts Anderes verabredet, so liegt die endgültige Wal auf Seite des Gläubigers, wenn dieser zu wälen hat, in der Einklagung einer der beiden Leistungen und darauf erfolgender Litiscontestation, auf Seite des Schuldners erst in der wirklichen Leistung eines der beiden Gegenstände, welcher aber auch hier ein auf denselben lautendes constitutum gleichsteht. S. oben Anm. 223 und L. 25 pr. de pec. const. 13, 5. — Eine der obigen verwandte Anschauung s. bei Girtanner die Stipul. S. 270.

239) L. 8 § 1 de legat. I (30). Natürlich könnte er den Rest

Digitized by Google

wenn der Gläubiger von einem correus mehr als den auf denselben treffenden Kopfteil eingeklagt hat; denn der Gläubiger, wenn er teilen will, braucht, wie wir sehen werden, durchaus nicht gleichheitlich zu teilen.

Nach den gefundenen Säzen ist nun auch die Einwirkung anderer, nicht in den Quellen berührter Ereignisse auf Correalobligationen leicht zu bestimmen.

So kann man z. B. darin, daß sich der Gläubiger

---

auch von dem ersten correus selbst noch nachfordern (L. 8 § 1 cit.); denn durch Einklagung eines Teils verzichtet man ja selbst dem einzelnen Schuldner gegenüber nicht auf das Recht, den Rest zu fordern (Gai. IV, 56, 122); also ist auch die vorläufige Forderung eines blosen Teils von einem correus ganz wohl mit der Absicht, diesen auf das Ganze zu wälen, verträglich. L. 16 C. de fideiuss. 8, 41 und L. 51 § 4 D. eod. 46, 1 widerstreiten nicht, denn sie sezen Fälle voraus, in denen bereits gegen alle Fidejussoren Lis contestirt ist. Darin liegt eine bindende Wal Aller, weshalb natürlich nicht mehr ein Einziger auf das Ganze gewält werden kann, eine Folgerung, welche denn ganz ebenso auch in L. 16 C. cit. gemacht wird. Vgl. Thibaut Syst. (8. Ausg.) § 138 Note x. Sintenis Prakt. Civilrecht II S. 130, Puchta Vorles. § 235 (II S. 36), Savigny Obl. I S. 160 (b), Arndts Pand. § 215. — (Im Justinianeischen Rechte ist übrigens — abgesehen von den Grundsäzen des beneficium divisionis — der in L. 16 C. cit. enthaltene Saz mit dem Gesichtspunkte der electio, woraus er floß, in Folge von L. 28 C. eod. weggefallen. Wenn jezt auch der Gläubiger sämmtliche correi, und vielleicht sogar in derselben Klagschrift belangt, so ist er dadurch allein nicht gehindert, sich doch noch wegen des Ganzen blos an einen einzigen oder einige der correi zu halten. Vgl. Fritz zu Wening II S. 192 f. S. jedoch Sintenis und Puchta a. d. a. O.)

Digitized by Google

von einem der correi debendi die Zalung mittels constitutum versprechen lässt, gewiss noch nicht die unzweideutig erklärte Absicht finden, diesen ausschliesslich wegen der Forderung in Anspruch nehmen zu wollen. Darum kann die Forderungsklage noch immer beliebig gegen jeden correus gerichtet werden (die actio de pecunia constituta natürlich nur gegen den Constituenten selbst).

Lässt sich ein Correalschuldner gegen die Uebernahme der Verpflichtung in integrum restituiren, so hört nur er auf correus zu sein, kann also nicht mehr gewält werden; auf die andern ist dies Ereigniss ohne Einfluss. Aehnlich, wenn ein Correalgläubiger zur Strafe seine Forderung verwirkt. Die Wal kann dann nicht mehr auf ihn fallen, während für die übrigen das Verhältniss ganz unangetastet bestehen bleibt. U. s. f.

§ 36.

Es bleiben noch zwei, im ganzen sehr einfache Fragen zu betrachten, die Fragen: Wer hat die Wal? und: Wer kann gewält werden?

Was die erste Frage angeht, wem die Wal gebürt, so gelten folgende natürlichen Säze. Bei der passiven Correalobligation kann der Gläubiger wälen, von wem unter den correi er fordern will[240]. Bei der activen Cor-

240) L. 8 § 1 de legat. I (30): Si ita scriptum sit: „Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato": cum utro velit, Seius aget. L. 25 pr. de legat. III (32), — L. 47 locati 19, 2, — L. 1 C. de fideiuss. tut. 5, 57, — L. 16 C. de fideiuss. 8, 41 u. v. a.


Digitized by Google

realität hingegen hat zunächst der Schuldner die Wal, an welchen der correi credendi er leisten will [241]). Ich sage: zunächst; denn wollte man das Walrecht des Schuldners streng durchführen, so würde es in der That in seiner Willkür stehen, die ganze Forderung zu vereiteln; der etwaigen Klage eines correus könnte er immer entgegnen, er wäle den andern. Darum geht, wenn die Correalgläubiger sich im Fall sehen, klagend gegen den Schuldner aufzutreten, die Walbefugniß auf sie über. Das heißt aber, derjenige, welcher zuerst mit dem Schuldner litem contestirt, hat den Vorzug, und der Schuldner ist nun an ihn ausschließlich gebunden. Am deutlichsten ist dies Verhältniß ausgesprochen in L. 16 de legat. II (31) und L. 16 h. t. 45, 2:

L. 16 de legat. II:

Celsus l. 16 Dig.: — Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur.' Si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret. Nam ut stipulando rel.

L. 16 h. t.

Gai. l. 3 de Verb. obl.: — Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit.

Vgl. aber auch L. 17 § 1, L. 24, L. 67 § 7, L. 77 § 4 de legat. II (31), Stellen, welche für unsern Saz

---

241) L. 8 § 3, L. 16 de legat. II (31), — L. 17 § 1, L. 24, 67 § 7, L. 77 § 4, 32 eod., L. 21 § 1 de statul. 40, 7.

Digitized by Google

vollkommen beweisend sind, indem durch die in L. 21 § 1 de statul. 40, 7 erwähnte Constitution nur so viel geändert wurde, daß, wenn der Erbe unter den Bedachten nicht einen auswält, nicht mehr Einer allein, sondern nur Alle zusammen das Vermächtniß sollen fordern können [242]).

Der gedachten Gestaltung der Sache liegen ganz dieselben Erwägungen zu Grunde, welche bei folgender Entscheidung geleitet haben. Wenn alternativ zwei Orte als Zalungsort festgesezt sind („Ephesi aut Capuae"), so hat an sich der Schuldner die Wal zu leisten, wo er will.

---

242) Vgl. oben Anm. 179. — S. auch außerdem noch L. 11 § 21 de legat. III (32): unus igitur, qui occupat, agendo totum consequitur, — L. 4 C. de V. S. 6, 38: dubitabatur, — — an occupantis melior conditio sit. Vgl. L. 9 de V. O. 45, 1. — Ein solches occupare wird man auch darin erblicken müssen, daß ein correus credendi die Forderung von einem Andern als dem Schuldner novandi causa stipulirt, woraus sich denn L. 8 § 11 ad SC. Vell. 16, 1 erklärt: Ulp. l. 29 ad Edict.: — Quamquam in omnes, qui liberati sunt, restituitur actio, non tamen omnibus restituitur; utputa duo rei stipulandi fuerunt, apud alterum mulier intercessit, ei soli restituitur obligatio, apud quem intercessit.

Vielleicht ließe sich bei activen Correalobligationen das Verhältniß am einfachsten und erschöpfendsten dahin formuliren, daß nicht blos unter den Correalgläubigern, sondern unter sämmtlichen Beteiligten (den Schuldner inbegriffen) die Wal Desjenigen entscheide, der darin den Andern zuvorkomme. Wenigstens würde diese Fassung schwerlich zu irgend einer unrichtigen Folgerung führen, sofern man nur überall auf die Erörterungen in § 35 die gehörige Rücksicht nimmt.

Digitized by Google

Um nun aber mit diesem Walrecht dem Schuldner nicht zugleich die Möglichkeit in die Hand zu geben, die ganze Forderung praktisch zu vereiteln, wird, wenn es zur Klage kommt, dem Gläubiger die Wal des Zalungsortes eingeräumt.

L. 2 § 3 de eo quod certo loco 13, 4:

Ulpian. l. 27 ad Edict.: — Scaevola lib. XV Quaest. ait, non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate; sed, quid debeat, esse in eius arbitrio, an debeat, non esse. — — Quare et in proposito eum, qui promisit „Ephesi aut Capuae", si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse; semper enim alium locum electurum; sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio, an debeat. Quare putat posse ab eo peti altero loco et sine loci adiectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scaevola, petitorem electionem habere, ubi petat, reum, ubi solvat, scilicet ante petitionem. Proinde mixta, inquit, rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum; alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem[243]).

243) Bei gewöhnlichen alternativen Obligationen wird dem Schuldner die Wal durch Litiscontestation deshalb noch nicht benommen, weil der Gläubiger alternativ klagen kann, was bei Correalobligationen nicht thunlich ist. S. oben Anm. 223.

Wir kommen zu der lezten Frage: Wer kann gewält werden? Diese Frage ist nicht minder einfach zu beantworten. Aus den correi, seien es correi debendi oder credendi, kann nicht nur einer ausschließlich auf das Ganze, sondern es können auch mehrere oder alle gewält werden. Der Gläubiger also kann nicht nur die ganze Schuld von einem correus debendi einklagen, sondern er kann sie nicht minder von mehreren oder von allen fordern [244]). Und ebenso steht es dem Schuldner frei, nicht nur an einen der correi credendi, sondern auch an mehrere oder alle zu leisten [245]).

---

244) L. 3 § 1, L. 11 pr. h. t. 45, 2. — L. 51 § 2 de fideiuss. 46, 1, — L. 8 § 1 de legat. I (30); bezüglich des fideiussor und Hauptschuldners und mehrerer Fidejussoren unter sich vgl. L. 3 § 1, L. 11 pr., L. 51 § 2 citt., — L. 34 § 1 de solut. 46. 3, — L. 1 C. de fideiuss. tut. 5, 57, — L. 16 C. de fideiuss. 8, 41. — In der Regel steht es dem Gläubiger frei, seine Forderung zu teilen oder nicht. Nur rücksichtlich mehrerer Confidejussoren ist bekanntlich durch Hadrian vorgeschrieben (Gai. III, § 121, 122, — § 4 I. de fideiuss. 3, 20, — L. 26, 27, 49 § 1, L. 51, 52 § 1 D. eod. 46, 1. Vgl. aber auch L. 12 rem pupilli 46, 6), der Gläubiger müsse auf Verlangen eines Confidejussor wenigstens sämmtliche zalungsfähige und zwar nach Kopfteilen wälen, (seit Nov. 99 wird das Nämliche insgemein auch für correi debendi behauptet), — eine Vorschrift, welche ebenfalls erst durch die hier vorgetragene Lehre rechtes Licht erhält.

245) Vgl. L. 34 § 1 de solut. 46, 3. — Bei alternativen Obligationen besteht eine einseitige Befugniß des Walberechtigten, auch beide Leistungen, jede zum Teil zu wälen, bekanntlich nicht. Dies hat seinen guten Grund in dem zu berücksichtigenden Interesse, das auch die Gegenpartei daran haben

Digitized by Google

Werden nun mehrere oder alle correi gewält, so ist auch in diesem Fall von unserm Standpunkt aus die juristische Gestaltung eine höchst einfache. Es wird dadurch entschieden, daß nicht blos Einer, sondern daß Mehrere Gläubiger oder Schuldner sind. Danach verhält sich denn Alles so, als hätten sich von Anfang an die Mehreren nur pro parte verpflichtet, oder als wäre den Mehreren nur pro parte versprochen worden. Und dies ist so sehr richtig, daß die nach bindend geschehener Wal etwa eingetretene Zalungsunfähigkeit des Einen auf die Andern gar keinen Einfluß mehr hat, sondern lediglich Schade des Gläubigers ist [246]).

Hier ist aber noch ein wichtiger Punkt zu beachten. Wenn einfach und ohne Anteilbestimmung blos mehrere correi (debendi oder credendi) gewält werden, so versteht sich von selbst, daß sie nach Kopfteilen als gewält zu betrachten sind [247]). Können aber Mehrere nur nach

---

kann, die ganze eine oder andere Leistung zu erhalten bezw. zu machen. Vgl. L. 8 § 2 de legat. I (30) verb.: et certe octo servis aut pro omnibus certa pecunia legata, non posse invitum heredem partem pecuniae, partem mancipiorum debere. Bei Correalverhältnissen dagegen hat Jeder aus Mehreren von vornherein gestattet, ihn sogar auf das Ganze zu wälen; natürlich kann er denn keinen Einwand machen, wenn er nur zum Teil gewält wird.

246) Vgl. z. B. L. 51 § 4 de fideiuss. 46, 1, — L. 16 C. eod. 8, 41.

247) Dies geht auch deutlich aus L. 19 § 4 vgl. L. 20 de cond. indeb. 12, 6 hervor. Zwei correi haben zugleich, jeder den ganzen Betrag irrtümlich gezalt zugleich; denn hätte der eine früher das Ganze gezalt, so wäre dadurch die Schuld getilgt,

Digitized by Google

Kopfteilen gewält, oder können auch andere Teile festgesetzt werden? Die Natur der Sache schon bringt hier die Entscheidung mit sich, daß Derjenige, der Jeden aus Mehreren auf das Ganze wälen kann, Jeden auch auf beliebige Teile dieses Ganzen muß wälen können, sofern nur die Teile zusammen den Gesammt=Forderungs= oder Schuldbetrag nicht übersteigen bezw. (bei der activen Correalität) erreichen. Der Gläubiger also hat, wenn er mehrere oder alle Correalschuldner wälen will, zugleich das Recht zu bestimmen, welchen Teil des Ganzen er von jedem fordern will. Zwei correi z. B. darf er nicht blos nach Hälften, sondern er darf auch den einen auf ein Drittel, den andern auf zwei Drittel, den einen bei einer Schuld von 10 nicht blos auf 5, sondern eben so wohl auf 6, 7, 8, 9, $9^1/_2$ u. s. w., den andern auf den Rest belangen, und dies einerlei, ob er sie gleichzeitig oder einen nach dem andern belangt. Ebenso kann der Schuldner an jeden von zwei Correalgläubigern nicht blos die Hälfte der Schuld, sondern auch andere Bruchteile derselben leisten, wenn die Teile nur zusammen den ganzen Schuldbetrag ausmachen.

---

und die ganze Zalung des Zweiten wäre indebitum). Beide sind als gewält anzusehen, weil von Beiden die Zalung angenommen wurde; aber natürlich sind sie ohne Teilbestimmung gewält, und folglich kann Jeder für den halben gezalten Betrag die condictio indebiti gebrauchen. Anders ist es, wenn die correi alternativ den einen oder andern Gegenstand zu leisten hatten und nun beide zugleich, der eine diesen, der andere den andern Gegenstand leisten. S. L. 21 eod.

Digitized by Google

Dieses Ergebniß, das übrigens ohnehin von Niemanden geleugnet werden wird [247a]), geht denn auch aus den Quellen hervor. Während hinsichtlich des beneficium divisionis mehrerer Confidejussoren mehrfach gesagt wird, die zahlungsfähigen Fidejussoren seien nach Kopfteilen zu belangen [248]), wird hingegen in den Stellen, welche von der Möglichkeit reden, auch mehrere correi zu wälen, ein derartiger Beisaz sichtlich vermieden und nur in allgemeinen Ausdrücken gesagt, man könne mehrere correi „pro partibus convenire“ oder „in partes“ — „divisis actionibus convenire“, oder es könnten „partes a singulis peti“ u. dgl. [249]). Dazu kommt, daß ausdrücklich ausgesprochen wird, wenn der eine correus einen Teil gezalt habe, worunter wir gewiß nicht ohne weiteres einen Kopfteil verstehen dürfen, so könne der Rest immer noch von jedem der correi eingefordert werden [250]). Könnten mehrere correi lediglich nach Kopfteilen gewält werden, so wäre dieser Ausspruch in solcher Allgemeinheit und als Regel entschieden falsch; nur ausnahmsweise in dem

---

247a) S. jedoch Sintenis Pract Civilr. II S. 130, Arndts Pand. § 215.

248) L. 27 pr. vgl. L. 49 § 1, L. 51 pr. de fideiuss. 46, 1. S. auch L. 3 C. eod. 8, 41.

249) Vgl. L. 51 § 2 de fideiuss. 46, 1, — L. 11 pr. h. t. 45, 2, — L. 3 § 1 eod.

250) L. 8 § 1 de legat I (30). Man bemerke hier auch den Gegensaz: partem petierit, partem solvisset und reliquum petere. Wäre unter der pars blos die Hälfte gemeint, so würde es schwerlich heißen: „reliquum“, sondern vielmehr „alteram partem“.

Digitized by Google

einzigen Fall würde er richtig sein, wenn der erste gerade blos seinen Kopfteil gezalt hätte. Denn hätte er z. B. mehr gezalt, so könnte man mit jener Annahme nur eine der beiden folgenden Entscheidungen geben. Entweder müsste man darin, daß der Gläubiger von einem correus mehr als dessen Kopfteil annimmt, eine bindende und endgültige Wal dieses correus auf das Ganze erblicken, unter welcher Voraussezung dann der andere gar nicht mehr in Anspruch genommen werden könnte. Oder man würde zwar dem Gläubiger noch immer das Recht geben, den andern zu wälen: dann könnte dies aber eben nur für dessen Kopfteil geschehen, und was der erste über seinen Kopfteil gezalt hätte, müsste als indebitum zurückgefordert werden können. Beide Entscheidungen würden aber ebensosehr dem angeführten Quellenausspruche widerstreiten, als praktisch unbrauchbar sein. Daß namentlich die lezte Entscheidung nicht richtig sein würde, ergibt sich deutlich aus L. 25 de cond. ind. 12, 6 [251]):

Ulp. l. 43 ad Sab.: — Cum duo pro reo fideiussissent decem, deinde reus tria solvisset et postea fideiussores quina: placuit eum, qui posterior solvit, repetere tria posse. Hoc merito, quia tribus a reo solutis septem sola debita supererant, quibus persolutis, tria indebita soluta sunt.

Die Stelle spricht zwar blos vom Fidejussorenver-

251) Vgl. auch L. 51 § 1 de fideiuss. 46, 1.

Digitized by Google

hältniß, aber wir dürfen und müssen sie unbedenklich auch auf das Correalverhältniß beziehen [252]).

§ 37.

Damit sind nun alle in die gestellte Aufgabe einschlagenden Fragen erschöpft, und ich glaube bei einem Rückblicke sagen zu dürfen, daß die hier geltend gemachte Anschauung nicht nur an sich höchst einfach und natürlich ist, sondern auch in praktischer Hinsicht allen Anforderungen entspricht, den quellenmäßigen Entscheidungen aufs engste und gefügigste sich anschmiegt, endlich selbst mit dem Sprachgebrauche der Quellen besser und ungezwungener als jede andere vereinbar ist.

---

252) Vgl. L. 19 § 4, L. 20 eod., — L. 3 § 1 h. t. 45. 2 (partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et a fideiussore petere possumus), — L. 11 pr. eod. — Ueberhaupt dürfen wir als beiläufiges Ergebniß der vorstehenden Erörterungen nun auch den Satz aussprechen, daß im wesentlichen und abgesehen von einigen, durch den Zweck der Bürgschaft bewirkten Besonderheiten das Verhältniß des fideiussor zum Hauptschuldner und dasjenige mehrerer Confidejussoren mit dem Correalverhältnisse übereinkommt. Ich schließe mich also in dieser Beziehung der herrschenden Lehre an; nur ist dieselbe auch wieder erst mit der hier entwickelten Auffassung zu begründen und zu rechtfertigen. S. oben Anm. 172. Eine Identität der obligatio des fideiussor und des Hauptschuldners, wie die gewöhnliche Meinung will, kann schon deswegen nicht angenommen werden, weil, wie a. a. O. bemerkt, die fideiussio ja keineswegs eine durch Stipulation begründete Hauptschuld erfordert.

Digitized by Google

Es wird sich nunmehr darum handeln, ob und wiefern jene Anschauung noch im Justinianeischen Rechte begründet ist, welchen Einfluß auf unsere Lehre namentlich L. 28 C. de fideiuss. 8, 41 gehabt hat. Ehe ich jedoch zu dieser, auf der gewonnenen Grundlage unschwer zu führenden Untersuchung schreite, will ich vorerst noch eine Frage berühren, welche zwar mit meiner Aufgabe nicht wesentlich zusammenhängt, aber doch auch wenigstens nicht gänzlich fern liegt, die Frage nämlich, warum die Römer innerhalb der Solidarität wieder zwei verschiedene Arten, die blose Solidarität und die Correalität unterschieden haben: Vielleicht wird sich jezt auch auf diese Frage eine nicht ganz unbefriedigende Antwort finden lassen.

Der Grund scheint mir aber darin zu liegen, daß die Solidarität im ersten der genannten Fälle auf innerer Notwendigkeit, im zweiten blos auf der Willkür der Parteien beruht.

Die blose Solidarität geht, sage ich, aus innerer Notwendigkeit hervor, nämlich aus der Beschaffenheit der Leistung, wozu Jemand verbunden, welche aber der Art ist, daß sie, sobald ein Anderer die ihm obliegende Leistung vollständig gemacht hat, der Natur der Sache nach nicht mehr möglich ist. Wer durch sein Vergehen einem Andern einen Schaden zugefügt, muß denselben ersezen. Aber freilich kann von Schadensersaz nur so lange die Rede sein, als ein Schade vorhanden ist. Hat also ein Anderer, der dasselbe Vergehen verübte, und der deswegen ebenfalls selbständig und suo nomine zum Schadensersaz verbunden war, den Schaden vollständig vergütet, so kann der

Erste nicht ferner mehr verpflichtet sein. Seine Verpflichtung ist durch eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen. Ganz ähnlich verhält es sich bei mehreren Mandatoren (s. oben S. 148). So ist es auch, wenn Mehreren die Besorgung desselben Geschäftes aufgetragen ist. Jeder ist dann selbständig zur Besorgung des übernommenen Auftrages und somit folgeweise bei Nichtbesorgung oder schlechter Besorgung auch zum Schadensersaz verpflichtet. Daß noch einem Andern neben ihm der gleiche Auftrag gegeben wurde, muß ihm ganz gleichgültig sein. Aber natürlich, sobald das Geschäft von dem Einen vollständig besorgt ist, kann für die Andern keine Verpflichtung mehr übrig bleiben. Derselbe Gesichtspunkt entscheidet, wenn eine Sache bei Mehreren deponirt oder Mehreren geliehen worden ist. Jeder ist dann Depositar oder Commodatar und hat als solcher die selbständige Verbindlichkeit zur Rückgabe (bezw. wegen contractswidriger culpa zum Schadensersaz). Ist aber die Rückgabe einmal geschehen, so kann für Keinen weiter von einer Verpflichtung zur Rückgabe die Rede sein. Das nämliche Verhältniß findet bei mehreren Mietern (in Betreff der Rückgabe der gemieteten Sache), ferner bei mehreren Mitvormündern und Magistraten statt[253]. Bei

253) Es ist eine sehr verbreitete Meinung, daß unter mehreren Mandataren, Depositaren u. s. w. erst dann eine solidarische Haftung entstände, wenn sich dieselben einer gemeinsamen Verlezung der obliegenden Verbindlichkeit schuldig machen. Vgl. z. B. Savigny Obl. I S. 204 ff., Brinz krit. Bl. IV S. 43 ff., Vangerow Pand. III (6. Aufl.) S. 76 f. (an-

Digitized by Google

dem constitutum debiti alieni verspricht Jemand die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit. Daraus entspringt

---

ders in den früheren Auflagen S. 75), Arndts Pand. (2. u. 3. Aufl.) § 214, Kuntze S. 231, Helmolt S. 137 f. Manche wollen sogar die bloße Solidarität überall auf Verschuldung zurückführen. S. Kuntze a. a. O. u. vgl. auch Brinz a. a. O. bes. S. 57 (der nur bei mehreren Mandatoren eine Ausnahme macht). Das alles aber sind entschiedene Irrtümer. Mehrere Mandatare, Depositare u. s. w. sind schon zu der ursprünglichen Leistung jeder solidarisch verpflichtet, und daraus ergibt sich dann erst folgeweise die solidarische Verpflichtung zum Schadensersaz, sofern sich jeder einer obligationswidrigen culpa schuldig macht. Wie könnte auch jemals für Den, der nur pro parte verpflichtet ist, aus dieser obligatio, also mittels der actio mandati, depositi ꝛc. eine Haftung in solidum entstehen! (Vgl. Brinz S. 55 a. E.) Dafür sprechen denn auch aufs deutlichste die Quellen. L. 1 § 43 depos. 16, 3 (Ulp. l. 30 ad Edict.): Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur — —. Proinde si ambo dolo fecerunt, et alter, quod interest, praestiterit, alter non convenietur. Man sieht, es wird hier ganz ebenso gefolgert, wie es oben geschehen; weil gegen Jeden schon auf die ursprüngliche Leistung in solidum geklagt werden kann, so kann auch wegen eines dolus, dessen sich Beide schuldig machen, von Jedem in solidum Schadensersaz verlangt werden. Vgl. noch L. 60 § 2 mand. 17, 1. Ribbentrop hat jene Irrtümer nicht verschuldet; ich bin vielmehr bei meiner Darstellung durchaus seinen Erörterungen gefolgt (s. Ribb. S. 61 Abs. 2, S. 129 ff. bes. auch S. 134, 135, S. 148, 149 bes. Anm. 25, S 153, S. 230 bes. 231 u. s. f.). Um so auffallender ist es, daß man sich für die hier bekämpfte Meinung gerade auf Ribbentrop und zum Teil auf die angegebenen Stellen beruft. So z. B. Brinz S. 44, 54, Kuntze S. 231. — Vgl. für die richtige An-

Digitized by Google

eine an sich ganz selbständige, von jener unabhängige obligatio; nur ist die daraus geschuldete Leistung eben von der Art, daß sie, wenn der erste Schuldner seine Verpflichtung völlig erfüllt hat, nicht weiter geschehen kann. U. s. f.

Wir haben es, wie man sieht, in allen derartigen Fällen mit mehreren, an sich vollkommen selbständigen und von einander unabhängigen Obligationen zu thun; Mehrere sind nebeneinander, Einer und der Andere verpflichtet, nur bringt es die Natur der von Jedem geschuldeten Leistung mit sich, daß sie, sobald der Eine seiner Verbindlichkeit vollständig nachgekommen, nicht ferner mehr möglich ist. Hier ist also in der That die Solidarität nicht Sache der Willkür, sondern Erzeugniß der Notwendigkeit; die Solidarität ist nicht sowol beabsichtigt, als vielmehr der Natur der Dinge nach nicht zu umgehen. Am deutlichsten zeigt sich dies, wenn aus einem von Mehreren gemeinsam verübten Vergehen eine Verpflichtung nicht blos zu Schadensersaz, sondern auch zur Leistung einer Privatstrafe entspringt. Beiderlei Folgen treffen Jeden mit gleicher Selbständigkeit; Jeder ist eben so selbständig zum Schadensersaz, als zur Leistung der Strafe verbunden. Nur der Unterschied besteht, daß die leztgenannte Leistung so oft geschehen kann, als Verpflichtete vorhanden, weshalb denn auch Jeder die ganze Strafe zalen muß [254]), während eben der Schadensersaz nur

---

sicht außer Ribbentrop auch noch Puchta Pand. § 233, Sintenis Pract. Civilrecht II S. 128 f.

254) L. 11 § 2, L. 51 § 1, 2 ad L. Aquil. 9, 2, — L. 55 § 1

Digitized by Google

einmal möglich ist, so daß dessen einmalige völlige Leistung alle darauf gerichteten Verpflichtungen notwendig vernichtet.

Bei der Correalität dagegen liegt in der Beschaffenheit der Leistung (regelmäßig eine gewisse Geldzalung) durchaus kein Grund, weswegen sie nur einmal möglich sein sollte. Wenn also dennoch die Leistung von Jedem aus Mehreren ganz, aber in allem nur einmal soll gefordert werden können, so beruht dies lediglich auf Willkür; es ist nichts Notwendiges, sondern, wenn ich mich so ausdrücken darf, etwas Zufälliges. Hier kann man daher das Verhältniß, wenn es zu dem gewünschten Erfolge führen soll, nicht, wie bei der blosen Solidarität, sich selbst überlassen, sondern die Erreichung jener Absicht der Parteien muß durch eine besondere juristische Gestaltung vermittelt werden. Diese Gestaltung wird sich aber im einzelnen Fall wieder nach den besonderen Zwecken richten müssen, welche die Parteien im Auge haben. Soll z. B. ganz streng nur von dem Einen oder dem Andern, nicht auch von Beiden zugleich gefordert werden können: so wird man Jeden unter der Bedingung versprechen lassen: „wenn von dem Andern nicht gefordert werden sollte"[255].

---

de adm. tut. 26, 7, — L. 1 C. de cond. furt. 4, 8. Savigny Syst. V § 211 (b), S. 234; Obl. I S. 199.

255) Vgl. L. 9 de V. O. 45, 1. Diese Stelle spricht zwar von einem umgekehrten, der activen Correalität analogen Fall, aber es kann durchaus kein Zweifel sein, daß nach deren Analogie auch eine Stipulation der im Text angegebenen Art möglich war und die ihr zugeschriebene Wirkung hatte. — Die active Correalität lasse ich übrigens der Kürze wegen bei der obigen Darstellung ganz außer Spiel.

Digitized by Google

Will man sich nur für den Fall der Zalungsunfähigkeit des Einen und für das, was man von ihm nicht sollte erlangen können, eine Forderung gegen einen Andern verschaffen: so stipulirt man eben von Diesem das, „was man von Jenem nicht werde erlangen können" („quanto minus a Titio consecutus fuero")[256]) u. s. w. Sollen aber alle Zwecke erreicht werden, welche in Fällen der hier in Rede stehenden Art den Parteien regelmäßig vorschweben, soll also namentlich nicht blos von Einem oder dem Andern aus Mehreren, sondern auch von Einigen und Allen, und unter den beiden zuletztgenannten Voraussezungen von Jedem nach beliebigen Anteilen gefordert werden können: so bleibt nichts Anderes übrig als zu sagen: Es ist zunächst noch ungewiß, wer von den Mehreren, bezw. zu welchem Anteil er Schuldner ist; erst ein späterer Umstand wird darüber entscheiden. Welchen Umstand man aber hier als entscheidenden anerkennen soll, das ergibt sich wieder einfach aus einem Hinblick auf das von den Parteien beabsichtigte praktische Verhältniß. Der Gläubiger soll (zum Behufe größerer Sicherheit und Bequemlichkeit) den schuldigen Betrag von Einem oder dem Andern aus Mehreren, oder auch von Einigen oder Allen einfordern können; d. h. aber m. a. W., es soll ihm die Wal (electio) freistehen, von wem unter den Mehreren

256) L. 150 de V. S. 50, 16, — L. 116 de V. O. 45, 1, — L. 21 de solut. 46, 3, — L. 42 pr. de reb. cred. 12, 1; vgl. L. 7 de fidei. et nom. tut. 27, 7, — L. 2 C. eod. 5, 57, — L. 41 pr. de fideiuss. 46, 1. S. auch L. 19 § 4 ad SC. Vell. 16, 1, — L. 6 pr. de novat. 46, 2.

Digitized by Google

er fordern will. Folglich wird man eben auch die Wal als den entscheidenden Umstand zu betrachten, und eine bindende Wal vornehmlich in der (gerichtlichen) Forderung (petitio — vgl. L. 2 h. t. 45, 2) von dem Einen oder Andern oder Beiden zu erblicken haben [257]. Und zu dieser Gestaltung bedarf es nicht etwa erst eines hohen Grades von Reflexion, sondern sie ergibt sich durch Beachtung der Absicht der Parteien und der Zwecke, welche sie erreichen wollen, ganz von selbst und gewissermaßen instinctiv.

Man sieht, daß der Unterschied der blosen Solidarität und der Correalität ein durchaus notwendiger, gar nicht zu umgehender war, daß wir also hier eine Verschiedenheit von Rechtsgestalten vor uns haben von der Art, wie sie Ihering in seinem „Geist des römischen Rechts" II S. 355 treffend geschildert hat. Es beruht daher auf einer völligen Verkennung, wenn neuere Schriftsteller jenen Unterschied auf Singularitäten und äußere Rücksichten zurück-

257) Vgl. die Darstellung in § 23 (S. 139 f.). — Ich will nicht unterlassen, beiläufig zu bemerken, daß mir die angedeuteten Gesichtspunkte auch für eine in neuester Zeit vielbesprochene Lehre des modernen Rechtes, die Lehre von den Papieren auf den Inhaber im höchsten Grade fruchtbar erscheinen. Auch bei ihnen haben wir meines Erachtens einen Fall, in dem es dem Schuldner gegenüber zunächst noch ungewiß ist, wer zu fordern hat. Nur entscheidet sich hier die Ungewißheit nicht durch Wal, sondern — wieder der Absicht der Parteien entsprechend — durch den Besiz des Papiers. — Damit scheinen mir alle theoretischen und praktischen Schwierigkeiten aufs einfachste gehoben.

Digitized by Google

führen wollen (s. oben S. 10). Zugleich erhellt aber, daß blose Solidarität und Correalität überhaupt nur äußerliche Aehnlichkeit haben, an sich dagegen und juristisch sehr wesentlich verschiedene Verhältnisse sind. Es kann darum nur zu einer Trübung der Begriffe führen, wenn man mit Savigny die blos solidarischen Verbindlichkeiten als „unechte Correalobligationen" bezeichnet. Selbst vom praktischen Standpunkt ist die Betrachtung beider Rechtsgestalten als Unterarten der gleichen Gattung nicht durchaus gerechtfertigt. Denn wenn man sagt, beiden liege dieselbe Absicht zu Grunde: Bewirkung größerer Sicherheit und Bequemlichkeit des Gläubigers[258]: so ist dies im Grunde nur für die Correalität richtig, indem bei den blosen Solidarverbindlichkeiten der genannte praktische Erfolg vielmehr nicht zu vermeiden, als eigentlich bezweckt war. Doch ist allerdings zuzugeben, daß man mittelbar auch die (praktisch mitunter erwünschtere) blose Solidarität der Absicht der Parteien dienstbar machte, indem man auf Formen der Willenserklärung verfiel, welche mit Notwendigkeit jenes Verhältniß herbeiführten, gerade so, wie der Mensch durch geschickte Vorrichtung die blinde Naturkraft seinen Zwecken dienstbar macht. So erklärt sich namentlich die Verbürgung in Form des constitutum debiti alieni neben der Verbürgung durch stipulatio. Durch solches Verfahren erzielte man hier, wie in andern Fällen, einen ganz außerordentlichen Reichtum von Rechtsformen, wodurch nun auch die leiseste Schattirung der

258) Vgl. bes. Savigny Obl. I S. 219.

Digitized by Google

Absicht der Parteien ihre genaueste und sicherste Befriedigung finden konnte. Dieser Reichtum hätte freilich mehr Unheil als Segen stiften können, wenn nicht jeder Fall von dem andern durch eine feste und bestimmte Begründungsform abgegrenzt gewesen wäre, welche der richterlichen Beurteilung überall eine sichere Handhabe darbot.

II. Die Veränderungen im Justinianeischen Recht.

§ 38.

Justinian hat bezüglich der Correalobligationen mehrere Geseze erlassen: L. 5 C. h. t. 8, 40, L. 28 C. de fideiuss. 8, 41 und, wie man gewöhnlich annimmt, Nov. 99. Das lezte Gesez, dessen Sinn bekanntlich sehr bestritten ist, welches aber jedenfalls mit der Natur der Correalobligationen nicht wesentlich zusammenhängt, werde ich nicht weiter berühren, ebensowenig die Nov. 4, die man vielleicht auch noch hierherziehen möchte. Allein selbst von den beiden erstgenannten Gesezen ist nur das zweite, die L. 28 cit., für uns von eigentlicher Wichtigkeit; denn L. 5 cit. enthält nur die nach früheren Erörterungen (S. 78) vermutlich singuläre Bestimmung, die Unterbrechung der Klagenverjährung gegenüber einem der Correalgläubiger oder Correalschuldner solle immer für und gegen alle eintreten. Ich werde mich daher bei der folgenden Untersuchung allein mit L. 28 cit. zu befassen haben. Vorerst will ich nur noch bemerken, daß beide Geseze, L. 5 und L. 28 citt. der Zeit nach nahe zusammenhängen. Beide sind vom Jahr 531, also erst in der neuen Aus-

Digitized by Google

gabe des Codex hinzugekommen; und zwar liegen sie blos um einige Wochen auseinander, indem L. 5 cit. vom 1. September, L. 28 cit. vom 18. October des gedachten Jahres datirt ist.

Der Wortlaut der uns hinfort allein beschäftigenden L. 28 cit. ist dieser:

Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari. Invenimus etenim, in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfactum sit creditori, sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo ei satisfiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacunque parte possit ius creditoris mutilare?

In Betreff dieses Gesetzes ergeben sich nun wesentlich

Digitized by Google

zwei Fragen: die Frage nach dessen äußerer und nach dessen innerer Tragweite.

Die erste Frage kann man auch so fassen: Bezieht sich die Aenderung ausschließlich auf correi debendi, oder ist sie auf alle correi auszudehnen? Ich will dies zuvörderst auf dem Wege der reinen Gesezesauslegung zu beantworten suchen.

In L. 28 cit. selbst ist lediglich von duo rei promittendi die Rede, wodurch allein es schon mißlich wird, die Bestimmung auch auf correi credendi zu beziehen. Dazu kommt aber, daß die Analogie des Fidejussoren- und Mandatorenverhältnisses, wovon Justinian in L. 28 ausging, eben nur auf die passive Correalobligation paßt, und daß eine allgemein auf alle correi berechnete Verordnung doch wol schwerlich in den Titel de fideiussoribus et mandatoribus, sondern gewiß, gleich L. 5 cit., in den unmittelbar vorhergehenden de duobus reis stipulandi et promittendi eingereiht worden wäre. Endlich ist übertriebene Kürze sonst nicht gerade der Fehler Justinians, und auch in L. 28 cit. ist gewiß mit Worten nicht gespart. Wäre also das Gesez für alle correi berechnet gewesen, so würde dies sicher — und nicht blos andeutungsweise, sondern mit grossem Wortschwall gesagt sein. Wenn es hiefür noch einer besonderen Bestätigung bedürfen sollte, so verweise ich auf L. 5 cit., ein Gesez, von dem ich keinen Augenblick zweifle, daß es zugleich mit L. 28 cit. beschlossen und vielleicht sogar entworfen worden ist.

Bereits hienach dürfen wir das gewonnene Ergebniß

als ein völlig sicheres hinstellen. Ueber allen Zweifel aber wird es erhoben durch einen Blick auf die Digesten. Wir finden schon in L. 8 § 1 de legat. I (30) eine Interpolation mit Rücksicht auf L. 28 cit.[259]), und überall ist der Saz, daß durch Litiscontestation mit einem correus debendi oder fideiussor der andere correus bezw. der Hauptschuldner oder Mitbürge befreit werde, so weit nur immer möglich, ausgetilgt. In der That ist dieser Saz, so wichtig er war und so häufig er früher zur Anwendung kommen musste, in den Digesten blos ein einziges Mal, nämlich in L. 116 de V. O. 45, 1 unmittelbar ausgesprochen, und auch hier nur beiläufig bei Gelegenheit der Begründung einer andern Entscheidung. Ob dies aus Versehen geschah oder um den Zusammenhang nicht zu stören, will ich nicht entscheiden; auch die zweite Annahme ist möglich, weil es ganz unbedenklich war, jenen Saz einmal in den Digesten gelegentlich zu erwähnen, indem man ja aus L. 28 C. cit. wusste, derselbe habe früher bestanden, sei aber jezt aufgehoben. Wie dem nun sei, jedenfalls erhellt aus dem Gesagten so viel, daß die Bestimmung der L. 28 cit., die man vielleicht gleich von vornherein, als man die Abfassung der Digesten in die Hand nahm, beschlossen hatte, beim ganzen Verlaufe der Arbeit fortwährend im Auge behalten wurde. Um so weniger ist zu bezweifeln, daß der Titel de duobus reis constituendis selbst mit beständiger Rücksicht

---

259) Auch in einem viel früheren Codextitel, nämlich in L. 2 C. de fideiuss. tut. 5, 57 begegnen wir einer solchen.

Digitized by Google

auf gedachte Bestimmung bearbeitet worden ist [260]). Es wird denn auch darin von der Befreiung eines correus debendi durch Litiscontestation mit dem andern nicht mit einer Silbe, weder unmittelbar, noch sogar nur mittelbar gesprochen. Dagegen findet sich der andere Saz, daß durch Litiscontestation eines correus credendi mit dem Schuldner die andern ausgeschlossen werden, in jenem Titel zweimal: in L. 2 und L. 16 h. t., und in L. 16 ist sogar nichts weiter als dieser Saz, und zwar in der schärfsten und bestimmtesten Weise ausgesprochen. Demselben Saze begegnen wir noch in zwei weiteren Stellen fast unmittelbar folgender Titel: in L. 5 de fideiuss. 46, 1 (ein Titel, bei welchem man doch auch wol den tit. C. de fideiuss. beachtete) und L. 31 § 1 de novat. 46, 2. Das alles wird gegenüber der Sorgfalt, mit der man den entsprechenden Saz in Bezug auf correi debendi auszumerzen gesucht hat, schwerlich als bloses Versehen oder blose Achtlosigkeit angesehen werden dürfen.

260) Das Nämliche muß von L. 5 C. h. t. 8, 40 behauptet werden, welche ja sogar noch ein paar Wochen älter ist als L. 28 C. cit. und überdies in dem Titel de duobus reis steht, den man denn doch gewiß bei Abfassung des gleichnamigen Digestentitels neben sich liegen hatte. Dadurch dürfte die schon früher (Anm. 96) ausgesprochene Vermutung, daß L. 18 h. t. mit Rücksicht auf L. 5 C. cit. interpolirt oder wenigstens aus einem andern Zusammenhange heraus aufgenommen sein könnte, einen sehr bedeutenden Grad von Wahrscheinlichkeit gewinnen. Auf jeden Fall ist diese Erklärung der L. 18 cit. nach inneren und äußeren Gründen wahrscheinlicher als die gewöhnliche.

Digitized by Google

Aber es lässt sich sogar schlagend nachweisen, daß man die erwähnten Stellen mit vollster Absicht aufgenommen hat. L. 2 h. t. lautet so:

> Iavolen. l. 3 ex Plaut.: — Quum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso iure et singulis in solidum debetur et singuli debent; ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio.

Schwerlich dürfte zu bezweifeln sein, daß nach dem ursprünglichen Wortlaute dieser Stelle die in deren erstem Saz auftretende Parallele der activen und passiven Correalität auch in dem zweiten mit ideoque eingeleiteten Saze festgehalten, daß also namentlich neben dem Einflusse der von einem correus credendi geschehenen Litiscontestation auch der Einfluß der mit einem correus debendi erfolgten, d. h. die dadurch eintretende Befreiung der übrigen Correalschuldner erwähnt war. Da aber dies Lezte zu L. 28 C. cit. nicht mehr gepasst hätte, so wurde es gestrichen, während man den Ausspruch, daß bei der activen Correalobligation durch petitio des einen correus das ganze Forderungsverhältniß aufgehoben werde, stehen ließ. Einer ähnlichen Erscheinung begegnen wir in L. 5 fin. de fideiuss. 46, 1.

Fassen wir diese beiden aus Codex und Digesten geführten Beweise, deren jeder für sich allein schon vollkommen schlüssig ist, zusammen: so kann auch nicht der Schatten eines Zweifels mehr bleiben, daß sich die Neuerung in L. 28 C. cit. wirklich nur auf die passive Correalität

Digitized by Google

bezog, während es für correi credendi bei dem früheren Rechte verbleiben sollte [261]).

Dieses bisher lediglich aus äußeren Gründen und auf dem Wege der Auslegung gefundene Ergebniß wird aber auch noch durch innere Gründe unterstützt. Werfen wir einen Blick auf den Zustand, welchen Justinian vorfand! Bei der activen Correalität hatte zunächst der Schuldner die Wal, an welchen der correi er leisten wollte; kam es aber zur Klage, so hatte derjenige den Vorzug, der zuerst mit dem Schuldner litem contestirte. An ihn war nunmehr der Schuldner endgültig gebunden, und der andere correus war von weiterer Forderung ausgeschlossen. Nach gleichen Grundsätzen wurde bei der passiven Correalität und dem eng verwandten Fidejussorenverhältnisse durch Litiscontestation mit dem Einen der Andere befreit. Bei manchen äußerlich durchaus ähnlichen Verhältnissen dagegen und namentlich, wenn die Verbürgung in Form des Mandats geschehen war, konnte der Gläubiger, welcher den Einen erfolglos belangt hatte, sich immer noch an den Andern halten, der nicht eher befreit wurde,

261) Dieser Ansicht sind auch die Meisten; vgl. Thibaut Syst. (8. Ausg.) § 137, Wening-Ingenheim Lehrbuch 5. Aufl. II S. 70 Note s, Fritz zu Wening II S. 181 f., Göschen Vorles. § 172 a. E., § 375, Puchta Pand. § 235 Note g, Sintenis Pract. Civilrecht II S. 147 Anm. 85, Arndts Pand. § 271 Anm. 4. Anderer Meinung: Wächter Erörterungen III S. 85, Buchka Einfl. d. Proc. II S. 40 f., Savigny Obl. I S. 183 (f.), Vangerow III (6. Aufl.) S. 102 (anders in den früheren Auflagen S. 94), Brinz Krit. Bl. IV S. 34 und Lehrbuch der Pand. I S. 620.

Digitized by Google

als bis der Gläubiger volle Befriedigung erhalten. Dieser Unterschied der Behandlung bei zwei dem äußern Anschein nach ganz gleichen und dem nämlichen praktischen Zwecke dienenden Instituten, wie es besonders die fideiussio und das mandatum qualificatum waren, musste seltsam erscheinen in einer Zeit, der aller wissenschaftliche Sinn längst abhanden gekommen und die daher nicht mehr fähig war, die innern Gründe jener Verschiedenheit zu begreifen. Ueberdies hatte man auch den Sinn für die feineren Abschattungen der Rechtsbeziehungen und Rechtsgeschäfte verloren und war geneigt, in der Fülle von Rechtsformen aus früherer Zeit nicht mehr einen wünschenswerten Reichtum, einen Segen für den Verkehr, sondern eine Summe von Spizfindigkeiten, eine der Unerfahrenheit gelegte Schlinge, und eine unnötige Belästigung der Rechtsprechung zu erblicken. Solche vermeintlichen Auswüchse und Gefahren zu beseitigen und das Recht auf feste und einfache Säze zurückzuführen, war Justinian überall mit anerkennenswertem Eifer bemüht. So musste es denn auch nahe liegen, den oben beregten Unterschied zwischen der Bürgschaft in Form des Mandats und der fideiussio auszugleichen und überhaupt den Grundsaz, daß bei der passiven Correalität schon die Litiscontestation mit dem Einen die Andern befreie, aufzuheben. Dies war um so mehr veranlasst, als es nach Justinian's Bericht schon bisher ganz allgemein üblich gewesen war, jener Wirkung der Litiscontestation bei der fideiussio und dem passiven Correalverhältnisse durch besondere Verträge auszuweichen. Für die active Correalität hingegen musste die angegebene

Gestaltung vollkommen angemessen erscheinen; ja mit einer andern Gestaltung hätte sogar in praktischer Hinsicht mancherlei Bedenklichkeit und Verwirrung entstehen müssen. So ist es denn sehr natürlich, daß man bei ihr das bisherige Recht aufrecht hielt.

Das Einzige, was man diesen Ausführungen gegenüber geltend machen könnte und wirklich geltend gemacht hat, ist, daß die Wirkung der Litiscontestation von Seite eines correus und mit einem correus auf die übrigen ein Ausfluß der processualischen Consumtion gewesen, mit dieser also schon ohne L. 28 C. cit. im Justinianeischen Rechte weggefallen sei, für correi credendi nicht minder, als für correi debendi. Allein abgesehen davon, daß sich diese Folgerung auf eine durchaus unbewiesene und nach früheren Erörterungen sogar entschieden irrige Voraussezung stüzt, kann sie auf jeden Fall nicht in Betracht kommen gegenüber den gewichtigen und unzweideutigen äußern Gründen, woraus mit aller Bestimmtheit hervorgeht, daß rücksichtlich des activen Correalverhältnisses jene Wirkung der Litiscontestation im Justinianeischen Recht eben nicht weggefallen ist. Statt dies auf Grund der gedachten Voraussezung zu leugnen, hätte man sich dadurch vielmehr zu Zweifeln an deren Richtigkeit veranlasst fühlen sollen, wie denn darin meines Erachtens in der That noch einer der stärksten Beweise für deren Unrichtigkeit liegt.

§. 39.

Wir haben gefunden, daß L. 28 C. cit. nur auf die passive Correalität sich bezieht und das Verhältniß meh-

Digitized by Google

rerer correi credendi gar nicht berührt. Die zweite Frage ist nun die nach der innern Tragweite des Gesezes, die Frage: Was ist denn aber durch jene Bestimmung geändert worden? Man sagt insgemein, die Aenderung liege blos darin, daß nunmehr durch Litiscontestation mit einem der Correalschuldner die andern nicht mehr befreit würden, während im übrigen die Correalität neben der blosen Solidarität und mit allen sonstigen praktischen Verschiedenheiten von derselben unverändert fortbestehe. Allein daß diese Behauptung nicht gegründet, und daß insbesondere die Beschränkung der Aenderung auf die Litiscontestation wenigstens nicht von vornherein richtig ist, ergibt sich aus dem deutlichen Wortlaute des Gesezes. Dasselbe nimmt zwar seinen Ausgangspunkt an der Bemerkung, daß bei Mandatoren nicht, wie bei Fidejussoren, die blose Litiscontestation mit dem Einen schon eine Befreiung des Andern herbeiführe; im weitern Verlaufe des Gesezes wird dann aber für das Fidejussorenverhältniß und die passive Correalität der ganze Grundsaz der electio selbst mit unzweideutigen Worten aufgehoben und damit die eigentliche Seele des Verhältnisses und jeder praktische Unterschied von der blosen Solidarität vernichtet. Man kann nur fragen, wie weit sich diese Veränderung erstrecke, welche praktischen Folgen aus dem Gesichtspunkte der electio geflossen, sonach mit demselben als weggefallen zu betrachten seien.

Die Beantwortung muß eine verschiedene sein je nach den praktischen Verschiedenheiten, die man zwischen der Correalität und blosen Solidarität anerkennt. Gewöhnlich

Digitized by Google

lehrt man in dieser Beziehung, daß nicht allein in Betreff der Litiscontestation, sondern auch hinsichtlich der Acceptilation, des Eides und selbst der Novation Abweichungen zwischen beiden Verhältnissen bestünden, indem den genannten Ereignissen nur bei Correalobligationen eine objective, bei bloser Solidarität dagegen eine lediglich subjective Wirkung zukomme. Hienach kann man aber die objective Wirkung jener Ereignisse, wie die der Litiscontestation, nur durch Zurückführung auf electio erklären, wonach man notwendig annehmen muß, daß sich die Bestimmung der L. 28 C. cit. nicht blos auf die Litiscontestation, sondern auch auf Acceptilation, Eid und Novation erstrecke.

Ganz anders stellt sich die Sache, wenn man von der in den vorstehenden Erörterungen verteidigten Ansicht ausgeht. Danach hat nicht allein die Zalung, sondern auch die Acceptilation, die Novation und sogar der Eid (sofern nur dessen Inhalt dazu angethan) bei bloser Solidarität nicht minder, als bei Correalobligationen, eine objective Wirkung für alle Beteiligten, womit zusammenhängt, daß diese Wirkung auch bei der Correalität nicht auf electio, sondern, wie bei bloser Solidarität, auf die geschehene oder wenigstens juristisch anzunehmende Befriedigung des Gläubigers gegründet wurde [262]). Ist dies richtig, so hat der praktische Unterschied der (passiven) Correalität von der blosen Solidarität von Anfang an

262) S. oben § 8, 9, 12, 32.

wesentlich nur in dem abweichenden Verhalten gegenüber der Litiscontestation bestanden, und blos die objective Wirkung der Litiscontestation wurde bei (passiven) Correalverhältnissen aus einer electio hergeleitet. Daraus folgt aber, daß durch L. 28 C. cit. in dem Grundsaze der electio doch eigentlich praktisch nur der objectiv befreiende Einfluß der Litiscontestation aufgehoben worden ist.

Obwol nun jene Ansicht, aus der dieser Schluß mit Notwendigkeit hervorgeht, schon anderweit teils durch innere, teils durch äußere Gründe zu rechtfertigen gesucht wurde: so mag sie dennoch hier abermals und zwar nach ganz veränderten Gesichtspunkten ihre Probe bestehen.

Von der gewöhnlichen Lehre ausgehend muß man, wie wir sahen, zu dem Ergebnisse kommen, daß durch L. 28 C. cit. die objective Wirkung nicht allein der Litiscontestation, sondern auch der Novation, Acceptilation und des Eides in Hinsicht passiver Correalobligationen beseitigt worden sei. Einem solchen Ergebnisse stellen sich aber die gewichtigsten Bedenken entgegen. Vor allem muß es schon Befremden erregen, daß man zwei Rechtsinstitute, die sich nicht allein durch ihr Verhalten gegen die Litiscontestation, sondern noch durch manche andere und wichtige praktische Verschiedenheiten von einander ausgezeichnet, ohne weiteres verschmolzen hätte. Ferner macht doch L. 28 C. cit. in der That nicht den Eindruck, als habe man in dem Grundsaze der electio praktisch noch mehr als die befreiende Wirkung der Litiscontestation für die übrigen correi aufzuheben gemeint. Wenigstens geschieht von weitergehenden Folgen jener Aenderung mit

Digitized by Google

keiner Silbe Erwähnung (was mit Justinian's Gewohnheit wenig im Einklang stehen würde); im Gegenteil wird offenbar so geredet, als ob die Aufhebung der objectiv befreienden Wirkung der Litiscontestation und der electio der Sache nach ganz gleichbedeutend und nur eine Abwechselung im Ausdrucke sei. Endlich haben wir gesehen, wie sorgsam man in den Digesten jede Spur jener Wirkung der Litiscontestation zu verlöschen bemüht war. Hätte nun die L. 28 C. cit. wirklich jene umfassendere Tragweite, so müsste man zum mindesten erwarten, daß auch alle diejenigen Stellen, worin von der objectiven Wirkung der Novation, der Acceptilation und des Eides auf passive Correalverhältnisse die Rede war, weggelassen oder verändert worden wären. Wir finden nun aber im Gegenteil eine ganze Reihe von Stellen, und von mitunter sehr augenfälligen, gerade nur dies enthaltenden Stellen, worin die objective Wirkung der genannten drei Thatsachen nicht blos für die active Correalität, sondern auch für das passive Correalverhältniß und für das Fidejussorenverhältniß auf das bestimmteste ausgesprochen ist [263]).

---

263) Vgl. in Betreff der Novation: L. 8 § 11, L. 20 ad SC. Vell. 16, 1, — L. 33 § 1 de stip. serv. 45, 3; in Betreff der Acceptilation: 1) passive Correalität: L. 16 pr. de accept. 46, 4, — L. 3 § 3, L. 29 de lib. leg. 34, 3, — L. 12 § 3 de inoff. test. 5, 2, — L. 82 § 5 de legat. I (30),— L. 27 § 2 de minor. 4, 4 (die ich hier nachtrage); vgl. L. 5 § 1 de donat. int. V. et U. 24, 1. 2) Fidejussorenverhältniß: L. 13 § 7, L. 16 § 1 de accept. 46, 4; be-

Digitized by Google

Alle diese Bedenken verschwinden mit Einem Schlage, wenn man von der Annahme ausgeht, daß der ganze praktische Unterschied der (passiven) Correalität und der blosen Solidarität von vornherein wesentlich nur in dem abweichenden Verhältnisse hinsichtlich der Litiscontestation bestanden habe. Jezt erscheint es nicht mehr befremdlich, sondern im Gegenteil sehr begreiflich, daß man jenen Unterschied, dessen Umgehung mittels besonderer Verträge ohnehin schon allgemein üblich geworden war, beseitigte und beide Verhältnisse praktisch vollends ausglich. Nunmehr begreift sich auch, wie die Aufhebung der befreienden Wirkung der „litis contestatio" und der „electio" in der That ganz auf dasselbe hinauskam und als vollkommen gleichbedeutend angesehen werden konnte; denn die Litiscontestation war ja wirklich das einzige Ereigniß, dessen befreiender Einfluß für die übrigen correi blos aus der darin liegenden electio abgeleitet und auf diesen Gesichtspunkt zurückgeführt ward. Endlich bedarf auch die Aufnahme der oben erwähnten Stellen in die Digesten keiner besondern Rechtfertigung mehr.

Verbindet man diese Gründe mit den bereits früher ohne alle Rücksicht auf das Justinianeische Recht entwickelten: so darf es nunmehr wol als ein ausgemachter Saz hingestellt werden, daß wirklich Novation, Acceptilation und Eid in allen Fällen der Solidarität ganz gleich-

---

züglich des Eides: 1) passive Correalität: L. 28 § 3 de iureiur. 12, 2. 2) Fidejussorenverhältniß: L. 28 § 1, 2, L. 42 pr., § 1, 3 eod., — L. 1 § 3 quar. rer. actio 44, 5.

mäßig objectiv und zu Gunsten sämmtlicher Beteiligten wirken, daß demnach diese Wirkung selbst bei Correalverhältnissen nicht auf electio zurückgeführt ward und folglich von L. 28 C. cit. nicht betroffen worden ist.

§ 40.

Ergebnisse sind:

I) Die active Correalität besteht auch im Justinianeischen (und somit im heutigen) Rechte ganz unverändert und mit allen früheren Wirkungen fort, wozu noch durch L. 5 C. h. t. 8, 40 gekommen ist, daß die Unterbrechung der Klagenverjährung, wenn sie auch blos gegenüber einem Correalgläubiger geschieht, doch stets zu Gunsten aller eintritt.

Wir haben also hier immer noch ein Verhältniß, bei dem juristisch vorerst noch Ungewißheit darüber herrscht, wer aus Mehreren als der eigentliche Gläubiger zu betrachten ist; durch electio wird diese Ungewißheit gehoben. Die Wal aber gebürt zunächst dem Schuldner, und wird von ihm in endgültiger Weise regelmäßig erst ausgeübt durch wirkliche Leistung (Zalung, oder was dieser juristisch gleichsteht: Novation, Acceptilation und auf Delation eines Correalgläubigers über das Nichtdasein der Forderung geschworener Eid); übrigens wird der Schuldner auch schon durch ein wirkliches constitutum an den betreffenden Correalgläubiger gebunden. Wenn es jedoch zur gerichtlichen Klage kommt, so geht nun die Walbefugniß auf die Gläubiger über, so zwar, daß derjenige den Vorzug hat und den andern endgültig von dem Forderungsverhältniß

ausschließt, der zuerst mit dem Schuldner litem contestirt (heutzutage derjenige, dessen Klageschrift zuerst dem Beklagten zur Beantwortung mitgeteilt wird).

II) Dagegen ist bei der passiven Correalität die electio als entscheidender Gesichtspunkt beseitigt und damit jede praktische Verschiedenheit von blos solidarischen Verbindlichkeiten aufgehoben worden. Nur der — aus rein singulären Erwägungen hervorgegangene — Unterschied besteht noch, oder ist vielmehr erst von Justinian in L. 5 C. cit. neu eingeführt worden, daß bei der Correalität die einem correus gegenüber geschehene Unterbrechung der Klagenverjährung in Bezug auf alle eintritt, was bei bloser Solidarität nicht der Fall ist.

Es fragt sich, ob wir unter diesen Umständen auch die theoretische und systematische Scheidung der beiden Institute aufgeben sollen. Die Frage ist nicht so ohne weiteres zu bejahen, als man vielleicht zu denken geneigt sein mag. Die blose Solidarität ist, wie wir gesehen haben, ein Erzeugniß der Notwendigkeit; sie beruht auf der Natur der Leistungen, wozu Mehrere ganz selbständig verpflichtet, welche aber von der Art sind, daß die vollständige Erfüllung der Verbindlichkeit des Einen die Leistung von Seite der Andern unmöglich macht. Bei Correalobligationen dagegen verhält sich die Sache ganz anders; hier ist die solidarische Haftung Mehrerer für dieselbe, aber doch im ganzen nur Einmal geschuldete Leistung lediglich Ausfluß der Willkür und daher ohne eine künstliche juristische Gestaltung nicht zu erreichen. Im früheren Rechte bestand diese Gestaltung darin, daß man es zunächst

Digitized by Google

noch im ungewissen liess, wer aus Mehreren der eigentliche Schuldner sei, worüber erst die electio von Seite des Gläubigers entschied. Da nun im Justinianeischen Recht an sich blos die electio als entscheidender Umstand beseitigt und damit allerdings der praktische Unterschied von der blosen Solidarität weggefallen ist: so kann gar wohl noch die Frage sein, ob es jezt immer noch einer ähnlichen Gestaltung bedarf, oder ob wir nunmehr der passiven Correalität denselben innern Bau wie der blosen Solidarität zuschreiben dürfen. So wünschenswert das lezte erscheinen mag, so zweifle ich doch keinen Augenblick, dass man sich für das erste entscheiden muss. Denn die blose Solidarität hat eben gar keinen besonderen juristischen Bau, sondern wir haben es bei ihr mit mehreren ganz selbständigen Obligationen zu thun, die in keiner Weise zusammenhängen, und bei denen nur der äussere Schein eines Zusammenhanges dadurch erzeugt wird, dass die Leistungen, worauf jede der Obligationen geht, ihrem Begriffe und der Natur der Sache nach nicht nebeneinander möglich sind, weshalb durch Erfüllung der einen jede Möglichkeit der Erfüllung der andern obligatio wegfällt. Wenn wir sagen: A ist zum Ersaze des durch irgend ein Ereigniss entstandenen Schadens verpflichtet, B ist desgleichen zum Ersaze Schadens verpflichtet (z. B. Jemand hätte sich gegen eine gewisse Gefahr bei verschiedenen Gesellschaften versichert): so erhalten wir mit Notwendigkeit und von selbst eine Solidarität. Sagen wir dagegen: A hat dem C 1000 Thaler zu zalen, B hat dem C die gleiche Summe zu zalen: so ist offenbar, wenn die

Summe doch im ganzen nur einmal gezalt, B also durch völlige Leistung von Seite des A dem C gegenüber frei werden soll, eine besondere juristische Gestaltung unumgänglich.

Diese Gestaltung kann aber meines Bedünkens nach innern und äußern Gründen noch immer blos darin bestehen, daß wir es vorerst als noch ungewiß ansehen, wer aus Mehreren der eigentliche Schuldner ist. Nur dürfen wir das entscheidende Moment jezt nicht mehr in die electio, sondern wir müssen es darein sezen, von wem der Gläubiger zuerst seine wirkliche (Zalung, Novation) oder wenigstens (wie bei Acceptilation und Eid) juristisch anzunehmende Befriedigung erhält.

Wenn wir aber auch noch immer theoretisch die beiden Verhältnisse scheiden müssen: so ist doch zugleich anzuerkennen, daß abgesehen von der Singularität bezüglich der Unterbrechung der Klagenverjährung in praktischer Hinsicht kein Unterschied mehr besteht [264]). Um diesem Umstande

264) Dies muß auch in Betreff der Wirkung eines rechtskräftigen, gegen einen der Beteiligten erlassenen Urteils gelten. Auch bei passiver Correalität ist dasselbe für die übrigen lediglich res inter alios acta, wodurch sie nicht berührt werden, mag es im übrigen ein verurteilendes oder freisprechendes sein, ganz wie dies von jeher bei bloser Solidarität der Fall war. Vgl. L. 52 § 3 de fideiuss. 46, 1. S. Fritz zu Wening II S. 184 f., Göschen Vorles. I S. 508 vgl. S. 518 Nro 5 und § 374 Nro 3 vgl. mit § 375 Nro 2, Kuntze S. 214, 216 f. And. M. die Meisten, z. B. Ribbentrop § 28, Sintenis Pract. Civilr. II S. 145, Puchta Pand. § 235, Savigny Obl. I S. 190 vgl. jedoch S. 90, Vangerow

die gebürende Anerkennung zu zollen und damit einem praktischen Bedürfnisse entgegen zu kommen, würde es mir am angemessensten erscheinen, gar nicht mehr von passiver Correalität, die jezt ohnehin von der activen theoretisch und praktisch sehr erheblich abweicht, und eben so wenig mehr von bloser Solidarität zu reden, sondern die beiden Verhältnisse als „solidarische Verbindlichkeiten" zusammenzufassen, wobei man dann wieder der Theorie zu Liebe die Fälle der blosen Solidarität als „echte", die der passiven Correalität als „unechte" solidarische Verbindlichkeiten unterscheiden mag. Für Fälle solcher Art scheinen mir die Bezeichnungen „echt" und „unecht" ganz besonders geeignet zu sein. Sie drücken aus, daß eine theoretische Verschiedenheit obwaltet, ohne daß damit irgend ein praktischer Unterschied verknüpft wäre. Sie gewähren daher dem Theoretiker einen erwünschten und unentbehr-

---

(6. Aufl.) S. 325, Brinz Krit. Bl. IV S. 29 f., 34 und Lehrbuch I S. 620, Arndts Pand. § 271. Nur dem Bürgen wird man ohne Zweifel gestatten müssen, sich auf das vom Hauptschuldner erwirkte freisprechende Urteil zu berufen: arg. L. 7 § 1 de except. 44, 1, — L. 21 § 4 de exc. rei iud. 44, 2. — Uebrigens sieht man, beiläufig bemerkt, aus dem im Text Ausgeführten, daß schon im Justinianeischen Rechte zwischen fideiussio und constitutum debiti alieni wesentlich nur noch in der Form der Begründung und nicht mehr in den Wirkungen ein Unterschied bestand. Da wir nun die Begründungsform der fideiussio nicht mehr haben, so müssen wir heutzutage offenbar jede Bürgschaft, soweit sie nicht als mandatum qualificatum erscheint, nach den Grundsäzen des constitutum beurteilen.

Digitized by Google

lichen Anhaltspunkt, während der Praktiker sie immerhin vergessen und sich ohne Gefahr blos an die Gattungsbenennung halten mag (jedoch L. 5 C. h. t. nicht zu übersehen). Den Namen der „Correalobligationen" sollte man forthin blos den activen Correalverhältnissen vorbehalten, die allein ihre ursprüngliche Natur rein und unverfälscht bewahrt haben.

Digitized by Google

Zusäze.

Zu Anm. 57 a. E. (S. 53 f.). — Hier ist als wahrscheinlich hingestellt, daß durch eine nur auf einen Teil des Betrages der prior obligatio gerichtete Novationsstipulation jene auch nur zum entsprechenden Teil novirt worden sei. Zu Gunsten dieses Sazes habe ich seither noch mehrere Stellen gefunden, so daß er mir jezt unzweifelhaft scheint. Da ich darauf überhaupt erst nachträglich aufmerksam geworden bin und daher nur noch in der Correctur ein paar kurze bezügliche Bemerkungen beifügen konnte, so möge es mir gestattet sein, den Punkt hier noch etwas näher zu besprechen. Jener Saz wird von vornherein sehr wahrscheinlich gemacht durch den Umstand, daß die Klage auf einen Teil des Schuldbetrages beschränkt werden konnte mit der Wirkung auch blos teilweiser processualischer Consumtion, so daß der klageweisen Einforderung des Restbetrages nichts im Wege stand (Gai. IV, 56, 122). Zufolge der herrschenden Meinung, welche in der processualischen Consumtion geradezu eine Novation erblickt, wäre hiemit unser Saz sogar schon vollkommen bewiesen. Doch ist jene Meinung allerdings weder unbestreitbar noch unbestritten; jedenfalls aber wird man zugeben müssen, daß das bei der processualischen Consumtion eintretende Verhältniß einer Novation zum mindesten sehr ähnlich sei. Die Möglichkeit blos teilweiser processualischer Consumtion wird also immerhin als ein sehr gewichtiger Wahrscheinlichkeitsgrund für die Möglichkeit teilweiser Nova-

Digitized by Google

tion betrachtet werden dürfen. Auch in der Statthaftigkeit blos teilweiser Acceptilation (L. 9, 10 de acceptil. 46, 4 u. a.) dürfen wir einen solchen erblicken. Aber auch an unmittelbar auf die Novation bezüglichen Quellenzeugnissen fehlt es nicht. Vor allem wird unser Saz geradezu und in ganz allgemeiner Fassung, überdies in Verbindung mit einer bemerkenswerten Anwendung ausgesprochen in L. 4 § 1 de usur. 22, 1: Si post contractam emtionem ante interpositam stipulationem partus editus aut aliquid per servum venditori acquisitum est: quod ex stipulatu consequi non poterit, iudicio emti consequitur; id enim, quod non transfertur in causam novationis, iure pristino peti potest. Die Beweiskraft dieser Stelle lässt nichts zu wünschen übrig. Zunächst wird in Betreff eines bestimmten Falls anerkannt, was vom Inhalt der prior obligatio in der Novationsstipulation nicht begriffen worden sei (im gegebenen Fall wahrscheinlich aus dem Grunde, weil man vom Dasein der Accessionen, um die es sich handelt, noch keine Kenntniß hatte), das könne immer noch mit der Klage aus der prior obligatio gefordert werden; denn, sagt Papinian, es ist ja überhaupt allgemeiner Grundsaz, daß die Novation immer nur für denjenigen Teil der prior obligatio erfolgt, auf welchen die Novationsstipulation gerichtet war. Dazu kommt nun eine Reihe weiterer Stellen, worin dieser Grundsaz entweder angewendet oder wenigstens vorausgesezt wird. Hierher gehören: L. 76 § 1, L. 89, 125 de V. O. 45, 1: die Novationsstipulation ist blos auf den bereits fälligen Teil des Forderungsbetrages gerichtet, nach der ganzen Darstellung aber darf auch gewiß nur dieser als novirt angesehen werden, so daß also für den nicht fälligen Restbetrag die prior obligatio bestehen bleibt. L. 6 pr. de novat. 46, 2 lässt bei der Stipulation: „Quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum fideiubes?" eine Novation lediglich deshalb nicht

Digitized by Google

eintreten, weil die Absicht nicht auf eine solche gehe. In L. 42 pr. de reb. cred. 12, 1 nimmt bei einer ähnlichen Stipulation Celsus offenbar Novation für den Teil des Schuldbetrages an, den der Stipulator zur Zeit der Litiscontestation mit dem Promissor von dem ersten Schuldner nicht einzutreiben im Stande ist. In der vielbesprochenen L. 21 pr. qui pot. in pign. 20, 4 würde die Möglichkeit einer teilweisen Novation geradezu anerkannt sein, wäre nicht die volle Beweiskraft dieser Stelle dadurch beeinträchtigt, daß ein Teil der prior obligatio bereits bezalt ist. Ein ganz schlagender Beweis dagegen ist L. 21 § 1 de donat. 39, 5: In der Absicht, einem Andern über das durch die Lex Cincia erlaubte Maß zu schenken, delegire ich ihm meinen Schuldner. Hat dieser noch nicht gezalt, so soll ich gegen ihn auf den Betrag, der das gesezliche Maß überschreitet, rescissorisch klagen können, und der Schuldner soll nur für den Ueberrest dem Beschenkten verhaftet bleiben. D. h. also: die Delegation und die dadurch bewirkte Novation wird zum Teil rescindirt, zum Teil aufrecht erhalten, woraus ganz unabweisbar folgt, daß auch von Anfang an eine blos teilweise Novation möglich sein muß. — Endlich scheint mir noch ganz entscheidend die Analogie der Adstipulation und Adpromission, die sich ebenfalls auf einen blosen Teil des Forderungsbetrages beschränken können (Gai. III, 113, 126). Das Verhältniß eines Adstipulator und Adpromissor wird sich aber schwerlich anders als mittels Annahme einer eventuellen Novation construiren lassen (S. Anm. 172).

Das Einzige, was man diesen Gründen etwa entgegensezen könnte, wäre, soweit ich sehen kann, eine Berufung auf L. 8 C. de novat. 8, 42, worin Justinian berichtet, früher habe man aus vielen Gründen ohne weiteres und selbst ohne darauf gerichtete Erklärung eine Novation eintreten lassen,

unter andern, wenn der Forderungsbetrag vermehrt oder vermindert worden sei; dies solle inskünftige nicht mehr so gehalten werden. Allein damit ist ja nur gesagt, bei einer auf einen Teil des Betrages der prior obligatio gerichteten Stipulation habe man den animus novandi angenommen; wie weit man in solchen Fällen Novation habe eintreten lassen, ob für den ganzen Betrag der prior obligatio, oder nur für den betreffenden Teil, davon ist ganz und gar nicht die Rede, wie denn dieser Punkt im Zusammenhange der L. 8 cit. wirklich vollkommen gleichgültig war. Die Statthaftigkeit blos teilweiser Novation ist demnach mit L. 8 cit. vollkommen vereinbar. — Vielleicht steht mir noch ein anderer Einwand, namentlich von Seite der Praktiker bevor, der Einwand, daß doch täglich Fälle vorkämen, in welchen durch die Uebereinkunft der Parteien eine größere Forderung in eine geringere verwandelt werde. Ob ich nun etwa zu behaupten gedenke, daß solche Geschäfte nicht möglich seien, oder daß man ihnen nicht die volle, von den Parteien beabsichtigte Wirkung zuschreiben solle? Eines liegt mir so fern als das Andere; ich behaupte sogar, daß schon bei den Römern jener praktische Erfolg einfach dadurch erreicht werden konnte, daß man einen Teil des Betrages der prior obligatio stipulirte in der Absicht, diese vollkommen aufzuheben. Nur freilich novirt wird auch in solchem Fall die prior obligatio blos für den betreffenden Teil; für den Restbetrag liegt aber in jenem Geschäfte offenbar ein pactum de non petendo (arg. L. 27 § 9, L. 30 § 2 de pactis 2, 14), so daß dennoch praktisch und der Sache nach die frühere obligatio gänzlich untergegangen ist, zum Teil ipso iure, zum Teil ope exceptionis. Für das heutige Recht ist sogar zu sagen, daß sie ihrem ganzen Betrage nach ipso iure erlöschen würde; denn in einem Geschäfte der angegebenen Art spricht sich jedenfalls die Absicht aus, daß die frühere obligatio getilgt sein soll, mehr aber als diese ausgesprochene Absicht ist,

Digitized by Google

um eine obligatio ipso iure zu tilgen, nach heutigem Rechte, das ja Obligationen durch ganz formlosen Vertrag auch entstehen lässt, nicht erforderlich. Ich leugne also nur, daß sich der gedachte Zweck einfach auf dem Wege der Novation erreichen lasse; dem Bedürfnisse des Lebens und der Praxis thut meine Lehre ganz und gar keinen Eintrag. Im Gegenteil, sie ermöglicht ein Geschäft, welches denn doch auch im Rechtsleben nicht so gar selten sein möchte, die Delegation eines Schuldners blos für einen Teil des Schuldbetrages. Nach der herrschenden Meinung müssten solche Geschäfte unmöglich sein.

Zu S. 63. — Ribbentrop spricht in der hier angezogenen Stelle eigentlich zunächst nur von der s. g. positiven Function der exc. rei iudicatae. Allein da die exc. rei iud. in ihrer negativen Function Identität der Personen ganz ebenso erfordert, als in der positiven, und rücksichtlich der ersten nicht mehr Grund zu einer Abweichung vorliegt, als rücksichtlich der zweiten: so glaubte ich im Sinn Ribbentrop's jene Aeußerung auch auf die negative Function der exc. rei iud. beziehen zu dürfen. Ich hätte dies vielleicht ausdrücklich bemerken sollen, obschon die Meinung nicht wohl zweifelhaft sein kann.

Zu S. 73 ff. noch die — freilich selbstverständliche — Bemerkung, daß das „Quod et in fideiussore debiti distinguendum est" in L. 28 § 2 de iureiur. nicht, wie es sprachlich nahe liegt, auf das vorhergehende distinguendum sit rel., sondern auf die frühere, in der Stelle gemachte Unterscheidung des iusiurandum de re und de persona tantum zu beziehen, also mit Rücksicht auf L. 28 § 1 fin., L. 42 § 1 eod., L. 1 § 3 quar. rer. act. 44,5 zu erklären ist.

Zu S. 210. — Bei Besprechung der L. 23 de tutelae 27, 3 hätte es vielleicht im Interesse der Deutlichkeit gelegen, den Fall kurz anzugeben, der darin behandelt wird. Darüber bestehen nun freilich Meinungsverschiedenheiten.

Digitized by Google

Cujacius (Recit. in lib. IX Resp. Pauli ad h. l.) bringt die Stelle in Zusammenhalt mit L. 20 § 1 eod. und L. 25 de admin. tut. 26, 7 und erklärt so: Wenn der Erbe des Tutor mit der actio tutelae oder der Erbe des Magistrats, der den Tutor gegeben, mit der subsidiaria actio belangt und verurteilt worden sei: so sei deshalb der Curator des früheren Pupillen weder ipso iure noch per exc. rei iudic. frei, d. h. nämlich, wenn der Erbe des Tutor oder Magistrats durch Schuld des Curator auf zu wenig verurteilt worden. Daher könne der Curator von dem adolescens auf den Restbetrag belangt werden.

Diese Auslegung ist offenbar unmöglich; denn wie sollte überhaupt der Curator von einer Verpflichtung, welche erst aus der Art der Proceßführung entspringt, durch die nämliche Proceßführung denkbarerweise befreit werden können? Derartige Zweifel beseitigen zu wollen, dürfen wir doch wahrlich einem klassischen römischen Juristen nicht zutrauen. Bei weitem befriedigender ist die Auslegung der Glosse (Vivianus), wonach in der Stelle gesagt sein soll, der Curator sei seiner Verpflichtung nicht schon dann enthoben, wenn der Tutor oder dessen Erbe in gehöriger Weise belangt und verurteilt worden, sondern er habe auch für wirkliche Eintreibung der Condemnationssumme zu sorgen. Allein auch diese Erklärung passt nicht zum Wortlaute der Stelle, welche offensichtlich die processualische Consumtion im Auge hat und aussprechen will, daß durch Anstellung der actio tutelae gegen den Erben des Tutor die Ansprüche gegen den Curator noch nicht consumirt seien. Ohne Zweifel ist die Stelle folgendermaßen auszulegen: Der Curator eines Minderjährigen muß diesem für jeden Schaden haften, der durch seine Pflichtwidrigkeit entsteht (L. 7 C. arbitr. tut. 5, 51). Zu seinen Pflichten gehört nun auch namentlich, den gewesenen Tutor zur Rechnungslegung anzuhalten (arg. L. 7 C. qui pet. tut.

Digitized by Google

5, 31), sich das Mündelvermögen von ihm ausliefern zu lassen und dessen Verwaltung zu übernehmen (L. 2 C. de susp. tut. 5, 43, — L. 39 § 15 de adm. tut. 26, 7 vgl. L. 13 de tutelae 27, 3), auch, wenn nötig, für Anstellung der actio tutelae gegen Jenen und für dessen gehörige Verurteilung, sowie für Eintreibung der Condemnationssumme zu sorgen (L. 1 C. de adm. tut. 5, 37, — L. 25 D. eod. 26, 7, — L. 20 § 1 de tutelae 27, 3, — L. 5 C. tit. cit.) u. s. w. Hat er hierin etwas versäumt, so ist er deshalb verantwortlich; der Minderjährige kann von ihm sein Vermögen gerade in dem Bestande fordern, in welchem es ohne die Pflichtwidrigkeit des Curator in dessen Händen sein müsste. Natürlich kann er aber auch noch immer gegen den gewesenen Tutor oder dessen Erben die actio tutelae gebrauchen, sofern diese vom Curator nicht erhoben worden ist. Durch Belangung des Tutor oder seiner Erben werden jedoch — so entscheidet unsere Stelle — die Ansprüche gegen den Curator nicht consumirt, weder ipso iure, noch durch eine exceptio rei iudicatae. Vermag also der Minderjährige vom Tutor oder dessen Erben nicht Alles zu erlangen, was ihm gebürt, so kann er sich noch immer an den Curator halten. Daß dies wirklich die richtige Erklärung, geht deutlich aus der ganz verwandten — aber merkwürdigerweise weder bei Cujaz, noch in der Glosse, noch bei Gothofred als Parallelstelle der L. 23 cit. angeführten — L. 39 § 15 de adm. tut. 26, 7 hervor:

Papin. l. 5 Respons. — Adolescens tutoribus conventis, a quibus totum servari non potuit, adversus curatores, qui tutelam ad se negligentia non transtulerunt, integram actionem retinet; neque enim tutelae iudicio consumtum videtur, quod alterius officii querelam habuit.

Zu S. 248 ff. — Ich will nicht unterlassen, nachträglich

zu bemerken, welch gewichtiges Argument für den Saz, daß man die objective Wirkung der Novation, Acceptilation und des Eides bei Correalverhältnissen auf — wirkliche oder wenigstens juristisch anzunehmende — Befriedigung des Gläubigers zurückgeführt habe, in L. 28 C. de fideiuss. 8, 41 selbst liegt. Dieses Gesez bestimmt, ein correus debendi solle nicht mehr durch blose electio des andern frei werden, sondern erst, wenn der Gläubiger volle Befriedigung erhalten. Da man nun bemungeachtet in die Digesten eine große Zal von Stellen aufnahm, wonach die mit einem correus debendi geschehene Novation, Acceptilation und der von ihm geleistete Eid für sämmtliche correi befreiend wirken, während man die von der objectiven Wirkung der electio handelnden Stellen sorgfältig beseitigte: so darf dies wohl zu dem Schlusse berechtigen, daß man eben in jenen Thatsachen eine Befriedigung des Gläubigers im Sinne der L. 28 C. cit. erblickte. Auch dürfte L. 28 eine kenntliche Hindeutung auf dieselben enthalten, wenn es heißt: donec in solidum ei pecuniae persolvantur, vel alio modo ei satisfiat. — Ein neues Argument also, daß jene Thatsachen auch bei der blosen Solidarität für sämmtliche Beteiligten wirken.

Endlich sind folgende Stellen nachzutragen: S. 8 Z. 14 v. oben: L. 7 pr., § 1 de SC. Maced. 14, 6; S. 59 Z. 16 v. u. und S. 209 Z. 8 v. u. die interpolirte L. 15 C. de fideiuss. 8, 41 verb.: Non est autem rel.; S. 167 Anm. wäre bei Erklärung der L. 128 de V. O. noch anzuführen gewesen L. 126 §. 2 eod verb.: ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur; S. 188 ist auch noch L. 21 C. de fideiuss 8, 41 zu bemerken; endlich S. 230 Z. 13 v. o. vergleiche man L. 8 §. 6 mand. 17, 1.

Digitized by Google

Quellenverzeichniß.

Es sind sämmtliche Stellen aufgenommen, die im Buche vorkommen. In irgend einer Hinsicht genauer besprochene sind durch ein der Seitenzal vorgeseztés †, ganz oder zu einem erheblichen Teil abgedruckte durch ein * ausgezeichnet. Ein beigefügtes A weist auf die Anmerkungen hin.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

3) Codex.

Digitized by Google

4) Novellae.

II) Uebrige Quellen.

§ 121 S. 223 A.
§ 122 S. 223 A.
§ 126 S. 54 A. 144 A. 259.
§ 131 S. 43 A.
§ 168 S. 46 A. 54 A.
§ 169 S. 41 u. A. 46 A.
§ 170 S. 41. 45 A.
§ 173 S. 45 A. 46 A.
§ 174 S. 46 A.
§ 175 S. 45 A. 46 A.
§ 215 S. 40 A.
IV. § 34 S. 102 A.
§ 53a S. 161 A. 168 A.
§ 56 S. 54 A. 218 A. 257.
§ 114 S. 69.
§ 116a S. 42 A. 46 A.
§ 116b S. 46 A.
§ 122 S. 218 A. 257.
§ 125 S. 199 A.
§ 131 S. 91 A.

Pauli Receptae Sententiae.
II, 17 § 16 S. 59 A. 68. *189. 209 A.

Seneca de beneficiis.
VI, 5 § 2 S. *† 43 A. 51 A.

Ulpiani fragmenta.
XXIV § 13 S. 185 A.

Vaticana fragmenta.
§ 329 S. 42 A.

Druckfehler und Berichtigungen.

Seite 62	Zeile 9	v. u.	statt	rci in	lies rei in.
„ 69	„ 13	v. u.	„	aufhöre	„ aufhöbe.
„ 80	„ 4	v. u.	„	follat	„ tollat.
„ 86	„ 9	v. o.	„	Anm. 98	lies: Anm. 93.
„ 124	„ 8	v. o.	„	ökonomsches	lies: ökonomisches.
„ 126	„ 12	v. o.	„	nun mehr	lies: nunmehr.
„ 133	„ 14	v. o.	„	nämiichen	lies: nämlichen.
„ 153	„ 15	v. o.	„	L. 16 eod.	lies: L. 16 de legat. II.
„ 157	„ 2	v. o.	„	velet (vollet?)	lies: vellet (volet?)
„ 168	„ 5	v. o.	„	ralte	lies: halte.
„ 168	„ 6	v. o.	„	heichend	lies: reichend.
„ 178	„ 6	v. o.	„	eod.	lies: de stip. serv.
„ 197	„ 14	v. o.	ist „zureichenden“ zu streichen.		
„ 201	„ 6	v. u.	„	eod.	lies: de V. O.
„ 208	„ 11	v. u.	„	de positi	lies: depositi.
„ 216	„ 12	v. o.	„	einem	lies: einen.
„ 216	„ 8	v. u.	lies: wenn an einen der correi credendi ein wirkliches ꝛc.		
„ 224	„ 2	v. u.	ist vor „zugleich“ eine Klammer zu setzen.		
„ 253	„ 7 u. 6	v. u.	statt des gleichen zum Ersatze Schadens. lies: zum Ersatze des gleichen Schadens.		

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

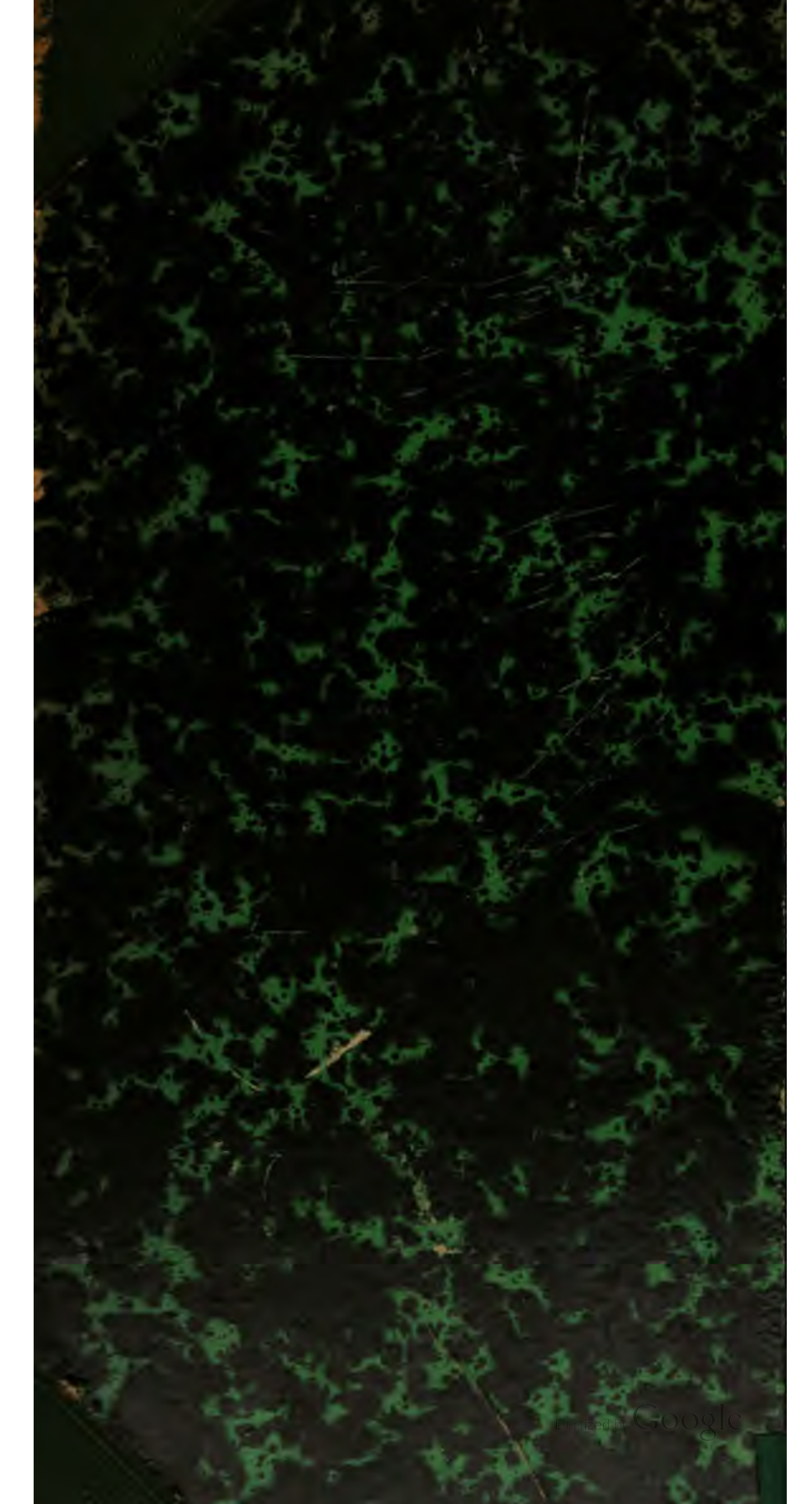
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google